UNIVERSITÉ DE DIJON

LA FIN DE NON RECEVOIR

Déduite en Droit Administratif

de L'EXISTENCE d'un RECOURS PARALLÈLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

Le 10 JUILLET 1915, à 7 heures du matin

PAR

FÉLIX HENRY

JURY DE LA THÈSE

Président : M. DELPECH, professeur.

Suffragants { M. DESLANDRES, professeur.
M. MARC DESSERTEAUX, chargé de cours.

ANGERS
Imprimerie-Librairie G. PARÉ, 32-34, rue du Cornet
1915

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535704_0005

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérés comme propres à leurs auteurs

UNIVERSITÉ DE DIJON

LA FIN DE NON RECEVOIR

Déduite en Droit Administratif

de L'EXISTENCE d'un RECOURS PARALLÈLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

Le 10 JUILLET 1915, à 7 heures du matin

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

PAR

FÉLIX HENRY

JURY DE LA THÈSE

Président : M. DELPECH, professeur.

Suffragants { M. DESLANDRES, professeur.
M. MARC DESSERTEAUX, chargé de cours.

ANGERS
Imprimerie-Librairie G. PARÉ, 32-34, rue du Cornet
1915

A MES PARENTS

A MA FEMME

LA FIN DE NON RECEVOIR

Déduite en Droit Administratif

DE L'EXISTENCE D'UN RECOURS PARALLÈLE

CHAPITRE PREMIER

LA DOCTRINE

La fin de non recevoir déduite, en droit administratif de l'existence d'un recours parallèle

Au point de vue des conditions de recevabilité, le recours pour excès de pouvoir peut être écarté par quatre fins de non recevoir :

1°) A raison de l'expiration des délais.

2°) A raison de la nature de l'acte.

3°) A raison de la qualité de la partie.

4°) A raison de l'existence d'un recours parallèle.

La première fin de non recevoir présente un intérêt au point de vue pratique ; elle permet d'éliminer un grand nombre de recours présentés tardivement, ou auxquels on peut reprocher de n'être pas réguliers en la forme ; mais elle est peu intéressante au point de vue théorique. Notons seulement que le recours pour excès de pouvoir est enfermé dans des délais très courts; il est indispensable que les actes administratifs ne soient exposés au péril de l'annulation que pendnt très peu de

temps et acquièrent au plus vite un caractère irrévocable.

La seconde soulève une question qui a passionné longtemps la doctrine, mais dont on ne s'occupe plus guère aujourd'hui, la pratique ayant fourni la solution vainement cherchée dans les livres : la question des actes de gouvernement. En effet, il arrive parfois que le contrôle de la juridiction administrative se heurte au principe constitutionnel de l'irresponsabilité du gouvernement ; il a donc été nécessaire d'exclure du contentieux administratif certains actes concernant, par exemple, la sûreté de l'Etat, le jeu des organes constitutionnels, etc. Si la doctrine ne s'est jamais mise d'accord sur la définition exacte de l'acte de gouvernement, en fait, le Conseil d'Etat a montré une prudence et une habileté suffisantes pour éviter tout conflit à ce sujet avec l'Administration active, et le ministre n'a jamais eu à faire usage de l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872, lui permettant de revendiquer devant le Tribunal des Conflits « les affaires portées à la section du contentieux, qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif ».

La fin de non recevoir à raison de la qualité de la partie présente un intérêt théorique très grand, et nous verrons dans la suite qu'elle se combine avec la fin de non recevoir à raison de l'existence d'un recours parallèle. Qui aurait la libre disposition du recours ? Cette question était délicate. Beaucoup voyaient déjà dans le recours pour excès de pouvoir une sorte d'action populaire, permettant à chacun, en même temps qu'il se faisait rendre justice, de faire rectifier les actes défectueux de l'Administration au risque d'entraver la bonne marche des services publics.

Le conseil a vigoureusement réagi contre cette conception trop large, en maintenant très fermement l'exigence d'un intérêt direct et personnel au réclamant.

La détermination de ce qu'il faut entendre par là est d'ailleurs fort subtile et sujette à des variations. Mais quelle que soit la tendance à l'élargissement du recours, on exige toujours cet intérêt direct et personnel; seulement la signification technique de l'expression change.

Nous arrivons enfin à la fin de non recevoir à raison de l'existence d'un recours parallèle. Son maniement, fort délicat, est un des cas les plus curieux de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat, et sa disparition progressive prouve la tendance de la Haute Assemblée à ouvrir de plus en plus largement une voie de recours jadis assez fermée.

Sous sa forme la plus absolue, la fin de non recevoir peut se définir ainsi :

Toutes les fois que le requérant peut, par un recours quelconque, devant un juge ordinaire ou administratif, par voie d'exception ou d'action, arriver à se faire justice. moyennant reconnaissance et sanction de son droit, la voie de l'excès de pouvoir doit lui être fermée.

Le recours parallèle sera donc celui qui permettra d'arriver au même but que le recours par excès de pouvoir, ou plus exactement au but que la partie est censée vouloir atteindre. Nous verrons, en effet, que cette expression de recours parallèle, déjà inexacte mathématiquement, ne l'est guère plus au point de vue juridique. En effet, les recours dits parallèles n'arrivent jamais au même résultat que le recours pour excès de pouvoir, et sont généralement moins avantageux. De même que lorsqu'il y a deux chemins pour se rendre à un point déterminé, il est rare qu'ils soient également pratiques.

A première vue, on ne voit pas pourquoi l'existence d'un recours devant une autre juridiction serait un motif de refuser à un requérant l'accès d'un prétoire. La tendance de toute institution est au contraire d'étendre la

sphère de ses attributions; psychologiquement il est rare d'entendre dire : « adressez-vous chez le voisin ». Mais on le comprend mieux si l'on considère la situation privilégiée du Conseil d'Etat, laissé par le législateur libre d'organiser à sa guise l'institution du recours par excès de pouvoir. En fixant les conditions de recevabilité de ce recours, il fallait prendre garde à ne pas empiéter sur les attributions des autres juridictions. Suivant l'expression de M. Pichat, Commissaire du Gouvernement, dans ses conclusions sous l'affaire Lafage (1), il ne faut pas troubler l'ordre des compétences. De plus, notre fin de non recevoir vise également les autres recours de la compétence du Conseil d'Etat, tels que les recours contentieux proprement dits ou la voie de nullité de l'art. 63 de la loi municipale : il ne faut pas non plus troubler l'individualité des autres recours.

Loin de lutter pour étendre sa compétence, le Conseil d'Etat est plutôt soucieux de la délimiter exactement, tant au regard des autres juridictions qu'au regard des autres recours ressortissant de sa compétence, mais entre lesquels il désire maintenir une distinction aussi claire que possible.

Comprise trop largement, la loi du 7-14 octobre 1790, qui créa le recours pour excès de pouvoir, tendrait à investir le Conseil d'Etat d'une juridiction universelle, au détriment des autres juridictions instituées par le législateur.

Toutefois, la théorie d'après laquelle il ne faut pas accorder le recours lorsqu'il y a possibilité d'obtenir justice par un autre moyen, n'a pas été sans soulever de vives controverses dans la doctrine.

La plus connue des attaques est celle que dirigea con-

(1) 8 mars 1912, Sirey, 13.3.1.

tre elle M. Rozy (2), ancien professeur à la Faculté de Toulouse, à propos d'une affaire Mazet et boulangers de Montluçon, du 4 février 1869, où le conseil avait refusé d'accueillir un recours contre un arrêt municipal réglementant la profession de boulanger, sous prétexte que les intéressés avaient à leur disposition une exception tirée de l'article 471, 15° du code pénal, qu'ils pouvaient faire valoir en cas de poursuite devant l'autorité judiciaire.

Cette conception d'après laquelle le recours pour excès de pouvoir serait un « ultimum præsidium » qu'on ne pourrait exercer qu'à défaut de tout autre, lui paraît insoutenable à tous les points de vue.

1° D'abord, elle est contraire au texte de la loi fondamentale du recours, la loi du 7-14 octobre 1790 : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portées au roi, chef de l'Administration générale ». On ne saurait concevoir, en effet, texte plus général et plus étranger à la théorie soutenue devant la haute Assemblée par le commissaire du gouvernement, M. de Belbeuf, d'après laquelle, en principe, il ne faut jamais accueillir le recours pour excès de pouvoir quand l'autorité judiciaire peut être saisie de quelque manière. Comme unique tempérament à une affirmation aussi absolue, M. de Belbeuf n'ajoutait que cette considération énigmatique : « Il ne faudrait admettre un recours parallèle que si les traditions de l'esprit français et l'intérêt sainement entendu du Gouvernement l'autorisent ». Le moins qu'on puisse dire de cette étrange théorie est que les traditions de l'esprit français exigent bien plus de clarté et la précision dans les conceptions juridiques que la prépondérance de l'autorité judiciaire, et l'on con-

(1) *Revue Critique*, 1870, p. 97.

çoit mal « l'intérêt sainement entendu du gouvernement » comme principe juridique réglant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

2°) La fin de non-recevoir à raison d'un recours parallèle, telle qu'elle est appliquée dans l'arrêt Mazet, est contraire non seulement à la lettre, mais aussi à l'esprit de la loi du 7/14 octobre 1790. En matière judiciaire, l'excès de pouvoir est rare, car les pouvoirs du juge sont étroitement délimités par les textes, tandis que ceux des agents administratifs sont illimités, il n'est aucun citoyen qui soit à l'abri d'une interprétation erronnée des textes ou d'une violation de la légalité, pouvant soit l'obliger à une prestation illégitime, soit léser son intérêt légitime. Contre ce danger redoutable, l'administré a d'abord le recours gracieux, par lequel il peut demander à l'auteur de l'acte de le rapporter. Dans bien des cas, il suffira de signaler à l'agent qu'il est sorti de sa compétence, ou que la décision incriminée est contraire à la légalité ; si l'amour-propre de l'auteur est le plus fort, on usera du recours hiérarchique. Porté devant les supérieurs de l'agent, qui doivent avoir pour préoccupation de maintenir leurs subordonnés dans le respect de la légalité, il pourra y être fait droit, si la réclamation est fondée; mais, en fait, cela arrive rarement : le supérieur cherche plutôt à couvrir son subordonné, en vertu de cet esprit de corps qui est comme un amour-propre corporatif. C'est sans-doute pour cela qu'en pratique ce recours n'a pas pris un grand développement, ou plutôt qu'il s'est transformé, prenant la forme juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir; seule cette forme est arrivée à un plein épanouissement.

Nous ne parlerons plus du recours gracieux, qui en réalité est une simple tentative de conciliation. Mais les deux autres recours, recours hiérarchiques et recours

pour excès de pouvoir, doivent subsister, d'autant plus qu'historiquement ils sont identiques. Antérieurement à la loi du 24 mai 1872, les réclamations des administrés prennent deux formes, suivant leur gravité : le recours hiérarchique qui vise le supérieur immédiat ; le recours pour excès de pouvoir, qui vise le supérieur suprême, — l'expérience ayant prouvé qu'il pouvait être efficace de s'adresser à lui ; cela est d'autant plus avantageux que la requête sera soumise aux hommes de son Conseil, et bénéficiera de l'examen de juges impartiaux et désintéressés. Le recours hiérarchique évitera de déranger inutilement le chef de l'Etat ; mais le recours pour excès de pouvoir est la garantie voulue par le législateur. Il ne faut donc voir en lui non un « ultimum præsidium », mais la procédure normale de réclamation organisée par la loi. Cela n'est-il pas visible dans le décret du 2 Nov. 1864, dispensant ce recours d'avocat et de frais ; aucune des autres voies de recours considérées comme parallèles ne l'est en réalité : quelle garantie vaut pour le réclamant l'examen de sa requête par des hommes du métier ?

3°) D'autre part, M. Rozy remarque que le recours pour excès de pouvoir a été accordé dans des hypothèses tout à fait voisines de l'espèce qu'il examine, et que par conséquent on ne pouvait se baser sur la jurisprudence du Conseil pour justifier la solution donnée à l'affaire Mazet. Ainsi, dans l'affaire Vernes (19 mai 1858), la Haute Assemblée avait reçu directement le recours d'un administré qui se plaignait du monopole accordé à un loueur de cabines de bains, alors qu'on aurait pu lui opposer la nécessité de porter d'abord sa réclamation devant le préfet, puis devant le ministre. Le recours direct avait encore été admis contre l'obligation imposée par un maire d'utiliser les services d'un vendeur de poisson spécial (Corbin, 22 sept. 1859), ou contre un

arrêté préfectoral réglementant la profession d'apiculteur (Leneveu, 30 mars 1867).

M. de Belbeuf répond seulement que dans l'affaire Vernes, il y avait essai d'établir un service public par monopole, ce qui justifiait l'intervention de la juridiction administrative.

M. Aucoc tente de concilier les deux théories par celle de « l'excès de pouvoir flagrant ». Ce sera celui d'une autorité qui empiètera sur les attributions d'une autre autorité, ou bien portera atteinte aux droits des citoyens, sans qu'on puisse le rattacher à l'exercice des pouvoirs attribués par le législateur à l'autorité dont il émane.

M. Rozy remarque que cette théorie est bien compliquée. Il est vrai qu'elle ne devait pas survivre à la transformation organique qui donna au Conseil d'Etat, au lieu de la juridiction retenue, la juridiction souveraine et déléguée.

Un autre argument de M. Rozy était excellent. C'est une étrange manière de comprendre la justice, que d'obliger les parties voulant faire reconnaître leur droit à se faire d'abord poursuivre, donc à commettre une infraction. Tel qui consentira à discuter les actes administratifs dans les formes permises par le législateur, se refusera à violer un règlement suspect. En effet tant que l'acte n'est pas annulé ou proclamé illégal par le juge compétent, il est valide. On ne pourra donc s'attaquer à lui qu'en commettant soi-même une illégalité; faudra-t-il donc, comme Socrate, se refuser à violer ce qui nous paraît injuste, de peur d'être nous-mêmes injustes ?

D'autre part, la satisfaction obtenue n'est évidemment pas la même : le juge civil hésitera à proclamer l'illégalité d'un acte administratif. Même s'il le fait, s'il refuse de condamner l'infraction, l'acte subsistera, il ne sera pas expulsé du système juridique qu'il vicie.

La fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle a encore été attaquée par M. Collet, dans la Revue Critique (1876, p. 225). Il signale que le premier défaut de la jurisprudence en cette matière, telle qu'elle était à cette époque, est le manque absolu de fixité. On ne demande pas au juge de ne jamais varier dans ses arrêts, mais encore faut-il que ses variations soient une « évolution », c'est-à-dire un changement dont un esprit raisonnable puisse saisir le but et l'orientation.

Il cite des exemples où la fin de non-recevoir est, tantôt opposée et tantôt écartée.

Dans certains arrêts, il semble que l'on veuille ménager les prérogatives de l'autorité judiciaire. S'agit-il d'apprécier la légalité d'une taxe réclamée en matière d'octroi ? les tribunaux judiciaires sont compétents, dit un arrêt Deladerrière, 26 déc. 1867. Le recours pour excès de pouvoir est recevable, disent deux autres arrêts : commune de Petite-Synthe, 15 mai 1869, et Roussel, 28 déc. 1854.

Là où le recours hiérarchique apparaît comme une garantie suffisante, le recours pour excès de pouvoir est écarté : Cf. Abeille, 21 mai 1867, Broutin, 10 fév. 1869, à moins que l'on accorde le recours direct : Turodin, 16 juin 1831; Dobèche, 10 avril 1867.

Dans certaines matières, la compétence est fort imprécise; par exemple quand il s'agit d'occupation de terrains par une compagnie de chemin de fer, il faut s'adresser tantôt au Conseil de préfecture sous prétexte que c'est un incident de l'exécution de travaux publics (Leremboug, 7 juillet 1863), tantôt au Conseil d'Etat, sous prétexte qu'on argue d'un excès de pouvoir.

Même flottement en ce qui concerne les ateliers insalubres, dont le Conseil d'Etat retient parfois les opposi-

tions, malgré le texte attribuant compétence au Conseil de Préfecture.

Faut-il donc supprimer la fin de non-recevoir ? ou, à l'inverse, l'opposer ?

Entre les deux systèmes, M. Collet prétend qu'il n'y a pas de place pour une théorie intermédiaire, telle que celle de l'excès de pouvoir flagrant, proposée par M. Aucoc. Il se prononce résolument pour la suppression, en se basant principalement sur l'importance constitutionnelle du recours.

Il s'étonne de ce que, malgré tant de révolutions faites au nom de droits individuels méconnus, on n'ait jamais trouvé le temps d'organiser administrativement un recours destiné à protéger les citoyens contre l'arbitraire des agents de l'administration. Impressionné par les nombreuses révolutions du siècle dernier, il craint de voir s'accréditer cette idée « qu'il est plus facile de renverser le Gouvernement que d'avoir raison de l'arbitraire de ses agents ». « Le Gouvernement prend une si grande part de toute chose que les mécontents considèrent sa destruction comme le premier de tous les remèdes », a dit Vivien.

Le recours pour excès de pouvoir vient à point pour redresser cet état d'esprit fâcheux. Expéditif et peu coûteux, il permet de détourner les effets dommageables d'un acte illégal, et son importance se mesure moins au nombre d'actes vicieux qu'il a fait annuler, qu'à celui des actes arbitraires qu'il a empêché de commettre.

Dès lors, comment admettre que le bénéfice d'une institution créée dans un but supérieur de protection des citoyens, puisse leur être retiré sous prétexte qu'il peut être donné satisfaction à leur intérêt privé par une autre voie de droit ?

Les attaques dirigées par MM. Rozy et Collet pouvaient être théoriquement justes; il semble que dans la

pratique, il valait mieux adopter des solutions plus nuancées. Il ne faut pas oublier, en premier lieu, qu'avant 1872, l'existence de la fin de non-recevoir se justifiait entièrement par le caractère de la juridiction du Conseil d'Etat, qui se contentait de préparer les décisions du souverain. Il semblait plus logique de n'accueillir qu'exceptionnellement ce qui pouvait être examiné par un juge véritable.

D'où une extrême rigueur dans l'application de la fin de non-recevoir : toutes les fois qu'il existe un moyen de saisir l'autorité judiciaire, le Conseil préfère ne pas statuer. C'est alors qu'au grand scandale de la doctrine, on considère comme recours parallèle une voie aussi indirecte que l'exception tirée de l'article 471, 15°.

Vers 1860, cette jurisprudence était déjà en partie abandonnée, sous l'influence du courant d'idées qui portait à étendre la sphère d'application du recours, et l'on admet certaines réclamations contre des actes entachés d'excès de pouvoir flagrant, malgré l'existence d'une autre voie de droit. Cela procède de la notion développée par M. Collet, de l'importance constitutionnelle du recours. C'est ainsi que l'on accueille des recours contre des arrêtés de police, l'exception, tirée de l'art. 471, n'étant plus jugée suffisante dans tous les cas. En matière de contributions indirectes, malgré la compétence nettement judiciaire, on accepte d'examiner des recours contre les actes administratifs servant de base à la perception des taxes. D'ailleurs l'idée de l'excès de pouvoir flagrant était beaucoup moins nette dans la pratique que dans la théorie. Elle est de celles qui permettent à une juridiction de réserver ou d'accorder son intervention. Si nous lisons les définitions techniques, nous voyons que l'excès de pouvoir flagrant est celui qui « empiète sur les attributions d'une autre autorité, ou qui porte atteinte

aux droits des citoyens sans qu'on puisse le rattacher à l'exercice des pouvoirs attribués par le législateur à l'autorité dont il émane ». A la vérité, c'est la quantité d'arbitraire jugée suffisante pour amener l'intervention du juge de l'annulation.

En 1872, la juridiction du Conseil devint déléguée au lieu d'être retenue. La théorie de l'excès de pouvoir flagrant fut abandonnée en ce qui concernait les actes administratifs servant de base à la perception des contributions indirectes, qui fut laissée en tous les cas à la compétence des tribunaux judiciaires. Mais le Conseil déclara recevables tous les recours dirigés contre les arrêtés de police ou autres actes sanctionnés par une pénalité.

Ayant examiné la théorie des adversaires de la fin de non recevoir, il est curieux de lire ce que répond à ces critiques M. Laferrière — on pourrait dire le Conseil d'Etat, dont il incarne les tendances et les aspirations.

M. Laferrière reconnaît que, ni la loi du 7/14 octobre 1879, ni celle du 24 mai 1872, ne prescrivent de refuser le recours pour excès de pouvoir dans les cas où la légalité de l'acte qui fait grief peut être contestée devant une autre juridiction ou par une autre voie contentieuse. En outre, d'après les principes généraux du droit (du droit civil), on ne peut opposer de fin de non-recevoir aux actions sous prétexte que la partie pourrait obtenir satisfaction par une autre action. Bien plus, il y a des exemples où la loi autorise formellement le choix entre deux actions. Le plus connu est celui de la partie lésée par un délit, qui a le choix entre deux actions : demander une indemnité devant le tribunal civil ou porter son action civile devant le tribunal de répression conjointement à l'action publique.

Il reconnaît également que les prétendus recours paral-

lèles ne donnent pas exactement le même résultat que le recours pour excès de pouvoir, puisqu'ils ne produisent pas d'effet « erga omnes », et laissent subsister l'acte illégal. Enfin le fait que la légalité des actes incriminés peut être contestée incidemment devant une autre juridiction, n'est pas en lui-même de nature à priver la partie d'un recours dont l'importance constitutionnelle n'échappe pas plus à notre auteur qu'à MM. Rozy et Collet.

Mais à ces arguments, M. Laferrière va faire une réponse qui montre bien la tendance du Conseil à délimiter très prudemment sa sphère d'action. Le recours pour excès de pouvoir tendrait à faire de la Haute Assemblée une juridiction universelle, et peut constituer un moyen détourné de lui soumettre, par une procédure expéditive et peu coûteuse, des litiges dont la connaissance a été expressément réservée par le législateur à d'autres tribunaux.

Toutes les fois, et c'est fréquent, que la question de la légalité se trouverait liée à des contestations portées devant ces juges, l'affaire pourrait être pour ainsi dire « évoquée » devant le Conseil. Le jugement du tribunal serait ainsi devancé, la question capitale étant tranchée. A moins que le tribunal ne tienne pas compte de la décision du Conseil, ce qui aboutirait à une contrariété de jugements.

C'est ainsi qu'en matière de contributions indirectes ou d'octroi, les contraventions basées sur l'illégalité des tarifs de perception échapperont à leur juge, l'autorité judiciaire, si l'on peut saisir le Conseil d'Etat de la légalité de l'acte édictant le tarif. De même il convient de sauvegarder la compétence du Conseil de Préfecture comme juge des contributions directes ou taxes assimilées; il ne faut pas que la question touchant à la régu-

larité des rôles ou à la légalité des impositions puissent lui être dérobées par la voie de l'excès de pouvoir.

Cette considération paraît à M. Laferrière plus importante que la théorie du recours pour excès de pouvoir, moyen objectif de faire régner la bonne administration. Quelle que soit la valeur de cette théorie envisagée du point de vue objectif de l'administration, elle n'existe plus, considérée du point de vue subjectif du réclamant, qui cherche à satisfaire son intérêt particulier. S'il insiste sur l'intérêt général qu'il y aurait à annuler l'acte qui lui fait grief, cela est un excellent argument pour renforcer sa prétention, mais il ne saurait faire croire que c'est la raison déterminante de sa réclamation. « La partie à qui la loi donne une action pour faire sanctionner son droit dans la mesure de son intérêt propre a tout le secours juridique nécessaire ». Elle n'a pas pour mission d'obtenir une annulation « erga omnes »; d'autre part, à la prétention qu'elle peut émettre d'être dispensée de renouveler son recours autant de fois qu'elle pourrait être atteinte dans la suite par les effets de l'acte, il répond que seul un intérêt né et actuel autorise une action, et non un intérêt à venir et éventuel.

On remarquera que ce principe, posé de manière très ferme, accorde satisfaction à la doctrine sur les points où elle avait évidemment raison. M. Laferrière dit « une action ». Cela élimine l'exception tirée de l'art. 471, 15°. Il est évident que la partie que l'on force à se faire poursuivre pour faire proclamer son droit, n'a pas tout « le secours juridique » nécessaire. On peut y voir aussi la condamnation de la fin de non-recevoir tirée de l'existence du recours hiérarchique, celui-ci existant presque toujours; tandis que les autres recours sont des voies tracées à l'avance, le recours hiérarchique est comme un terrain ouvert à tous, où chacun peut marcher plus ou

moins aisément, mais où l'arrivée est assez incertaine.

M. Laferrière repousse énergiquement la notion d'après laquelle il faudrait voir dans le recours pour excès de pouvoir, une action publique mise à la disposition de chaque citoyen pour faire respecter la légalité violée. L'effet « erga omnes » de l'annulation est une conséquence de la souveraineté du Conseil d'Etat. L'acte lui ayant paru vicieux il le supprime entièrement. Mais le réclamant ne peut prétendre, en ce qui le concerne, à rien de plus que de voir détourner de lui les effets nuisibles de l'acte illégal.

Nous verrons comment, dans la suite, les idées de M. Laferrière ont peu à peu perdu de leur force. Mais d'ores et déjà, nous pouvons préciser les conditions que doit présenter un recours parallèle, pour que le Conseil oppose la fin de non-recevoir.

a) Un recours parallèle est un recours et non une exception. D'où l'abandon de l'exception tirée de l'art. 471, 15°, comme recours parallèle, cette voie ayant le dangereux inconvénient de forcer à contrevenir à un acte administratif et d'exposer à une condamnation pénale. Elle est étrangère à la nature du contentieux administratif, l'admettre à concurrencer le recours pour excès de pouvoir, équivaudrait à mélanger deux contentieux extrêmement différents : le contentieux de la répression et le contentieux administratif.

b) C'est un recours contentieux et non un recours administratif. Cela exclut le recours hiérarchique et les différents recours administratifs organisés par le Législateur contre certaines décisions des agents actifs, qui sont des recours administratifs à allure contentieuse, et parmi lesquels M. Vergniaud (1) cite le recours de l'art. 13

(1) *Les fins de non recevoir opposables au recours pour excès de pouvoir.* Thèse, Paris, 1907.

de la loi du 21 juin 1865 : on peut déférer au Ministre des Travaux publics l'arrêté préfectoral autorisant une association syndicale; il est statué, non par un arrêté du ministre, supérieur hiérarchique, mais par un décret en Conseil d'Etat, comme autrefois le recours pour excès de pouvoir (1). Bien que prise en Conseil d'Etat, la décision intervenue n'est pas contentieuse, car elle n'est pas prononcée par un juge.

c) Enfin le recours parallèle doit répondre à la double condition d'être « direct et parallèle ». Parallèle, dit M. Laferrière, signifie qu'elle doit conduire la partie au but auquel elle a le droit de tendre en vue de son intérêt personnel. Direct, c'est-à-dire qu'il doit l'y conduire directement au moyen d'une action résultant de sa propre initiative ».

On remarquera avec quelle précision les termes techniques sont définis. Ces deux termes « parallèle » et « direct » sont consacrés et malgré leur apparente netteté, la jurisprudence des recours parallèles a pu se modifier profondément sans qu'ils cessent d'être exacts.

De même que la théorie de MM. Rozy et Collet était trop absolue, de même celle de M. Laferrière ne pouvait indéfiniment lier la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le maintien rigoureux de la fin de non-recevoir toutes les fois qu'il existe une action contentieuse directe et parallèle eût, dans de nombreux cas, diminué l'utilité sociale du Conseil, en l'empêchant de venir au secours de certains administrés insuffisamment protégés par la compétence des autres juridictions.

D'autre part, le respect dû aux conceptions de M. Laferrière n'a pas empêché le Conseil de procéder à une délimitation plus précise entre le contentieux de pleine juri-

(1) On pouvait encore citer jadis le recours pour abus.

diction et le contentieux de l'annulation. Les pouvoirs du juge de l'annulation ayant été étendus, la fin de non-recevoir a parfois cessé de jouer au profit des autres juridictions ou du Conseil d'Etat lui-même, considérés comme juges du plein contentieux.

CHAPITRE II

CAS D'IRRECEVABILITÉ DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIRS

La combinaison de deux principes règle l'application de la fin de non recevoir :

a) Il faut retirer le moins possible aux citoyens la garantie d'ordre général qui leur a été donnée contre l'arbitraire administratif.

b) D'autre part, il ne faut pas troubler l'ordre des compétences établi par la loi.

D'une manière générale, la fin de non recevoir est appliquée chaque fois que le recours parallèle envisagé consiste en un recours contentieux conduisant la partie au but qu'elle est censée vouloir atteindre.

Les juridictions dont on a voulu sauvegarder la compétence sont principalement l'autorité judiciaire et les conseils de préfecture, la cour des comptes et les conseils de révision.

§ 1. Application au profit du Conseil de Préfecture

Le Conseil de Préfecture (dans les colonies le Conseil du Contentieux), est surtout le juge des contestations relatives aux impôs directs et aux travaux publics.

a) La fin de non recevoir a été appliquée avec une extrême rigueur en matière de contributions directes, car le juge de l'impôt direct est compétent pour apprécier la légalité de la taxe. Or, la vérification de la régularité

du rôle en vertu duquel le contribuable était imposé, a paru longtemps une garantie suffisante (1).

Plus tard, l'évolution des idées sur le rôle du juge de l'excès de pouvoir a conduit le juge de l'annulation à contrôler l'emploi qui était fait des deniers du contribuable. Le Conseil de Préfecture n'étant compétent que pour apprécier la légalité de la recette, l'appréciation de la régularité de la dépense — évolution encore inachevée — est revenue au Conseil d'Etat à la fois juge de l'annulation et juge de droit commun pour le contentieux administratif.

Mais tout ce qui concerne la légalité de l'imposition est resté au Conseil de Préfecture.

Ce n'est pas qu'il soit impossible de relever quelques lacunes dans cette jurisprudence, il s'en trouve notamment dans la matière des taxes de trottoirs. D'après la loi du 7 juin 1845, le Préfet peut enjoindre aux riverains de la voie publique, de contribuer pour moitié aux frais de confection du trottoir au droit de leur propriété. L'arrêté préfectoral est assimilé aux arrêtés de police au point de vue de la sanction; les infractions sont réprimées par le tribunal de simple police en vertu de l'article 471 du code pénal.

Le recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté du Préfet n'était pas recevable, non à cause de l'exception d'illégalité qu'on pouvait soulever devant le juge de l'infraction, puisqu'elle ne constitue plus un recours parallèle, mais parce qu'il existe un recours de plein contentieux permettant de réclamer devant le Conseil de Préfecture, soit le remboursement des frais occasionnés indû-

---

(1) Cf. d'Anvin de Hardethun, 26 nov. 1880, p. 917; Guicheux, 6 janvier 1883, p. 27; Lafosse, 17 mai 1890, p. 516; Houyvet, 16 janvier 1903, p. 17; surtout Bied-Charreton, 10 fév. 1893, p. 117, et Poisson, 10 mars 1893, p. 240 (S. 94,3,129 et la note de M. Hauriou.)

ment, si l'on s'est soumis, soit décharge de la taxe, si les travaux ont été exécutés d'office aux frais du riverain. Le Conseil de Préfecture sera pleinement compétent pour apprécier la légalité de l'arrêté.

Cette jurisprudence paraissait extrêmement solide (Cf. Godart-Bellois, 27 fév. 1880, Lebon, p. 215 ; Pascal, 18 nov. 81, p. 888 ; Deslagnes 11 nov. 81). Malgré cela un arrêté Besnier-Jourdain, du 7 août 1886, p. 726, admit des riverains d'une route nationale à déférer directement au Conseil d'Etat l'arrêté par lequel le Préfet avait déclaré d'utilité publique l'établissement de trottoirs dans la traversée de la ville de La Flèche bien qu'il appartint au Conseil de Préfecture de statuer sur la légalité des taxes perçues à l'occasion de la confection de ce trottoir. Les requérants arguaient de ce que, l'enquête ayant été postérieure à la confection du trottoir, ils n'avaient pu choisir les matériaux, et au surplus, avaient déjà construit à leurs frais un premier trottoir. Le Conseil annula l'arrêté du Préfet déclarant l'utilité publique, et rejeta la demande en décharge, laquelle ressortissait au Conseil de Préfecture.

M. Vergniaud voit dans cet arrêt un abandon de la théorie des recours parallèles. Pourtant l'arrêté qui, dans cette affaire, a été soumis à l'examen du juge de l'annulation est celui déclarant l'utilité pubique, qui était distinct de celui rendant exécutoire l'état des taxes à percevoir, et la demande en décharge de la taxe jointe au recours, fut expressément rejetée.

M. Laferrière est, au contraire, d'avis que la théorie des recours parallèles y est précisée, puisque l'arrêt sépare nettement la légalité de l'arrêté déclarant l'utilité publique de celle de l'acte administratif par lequel le Préfet a rendu les taxes exécutoires. En effet, l'arrêté déclarant l'utilité publique peut soulever d'autres difficultés

que celles concernant l'obligation de construire le trottoir ou acquitter la taxe (questions de circulation ou de voirie) ; par conséquent, elle peut être isolée de ses conséquences et donner lieu à un examen objectif au point de vue de la légalité, les conséquences pécuniaires à la charge du riverain restant de la compétence du Conseil de Préfecture. En faisant la distinction, le Conseil semble avoir répondu d'avance aux commentaires que ne manquerait pas de susciter sa décision; dans l'arrêt Pascal, le recours avait bien été intenté contre l'arrêté enjoignant la construction du trottoir antérieurement à celui rendant les taxes exécutoires; la nouveauté dans l'arrêt Besnier consiste à examiner la légalité de l'arrêté d'utilité publique quand il ne se confond pas avec l'acte réglant les conséquences fiscales de l'opération.

D'ailleurs, la fin de non recevoir à raison de l'existence d'un recours parallèle devant le juge de l'impôt paraît plus solide que jamais.

Ainsi, dans une matière identique, celle du curage des rivières, l'arrêté préfectoral enjoignant de curer, n'engendre jamais un recours pour excès de pouvoir, mais un recours de plein contentieux devant le Conseil de Préfecture, consistant soit en une demande de remboursement des frais, si l'on a obtempéré, soit en une demande en décharge de la taxe, dans le cas où les travaux ont été exécutés d'office.

Ce principe est suivi, même si l'acte attaqué est entaché d'un excès de pouvoir nettement caractérisé. Un arrêt Caires, du 29 juillet 1910, p. 663, a refusé d'accueillir un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté préfectoral fixant un tarif de concession d'eau, bien qu'il fallût pour cela un décret rendu en Conseil d'Etat. D'après l'art. 25 de la loi du 23 juin 1857, les taxes

perçues pour les concessions d'eau des canaux d'irrigation sont assimilées aux taxes de curage.

« L'excès de pouvoir est manifeste, fit remarquer M. le commissaire du gouvernement Blum... L'arrêté préfectoral a la prétention de servir de base légale à la perception d'un droit. Mais que la taxe ressortisse à l'autorité judiciaire ou au Conseil de Préfecture, le Conseil d'Etat est incompétent ; le juge de la taxe est juge de la légalité de la taxe, et, par suite, de la légalité des actions qui sont exhibées comme titres et bases de la perception... Consentirez-vous à isoler de l'ensemble du contentieux de la taxe certains actes ou faits qui, pris en eux-mêmes, pourraient faire l'objet de recours spéciaux devant un juge autre que celui du fond ? La compétence exclusive sur le fond du droit doit entraîner également compétence exclusive sur tous les litiges qui se rattachent au fond par un lien de connexion nocessaire. Pour apprécier cette connexion, la jurisprudence ne montre plus la même rigueur, sauf en ce qui concerne les actes relatifs au mode d'établissement et de perception de l'impôt ». En cette matière « la tendance du Conseil d'Etat n'est pas de détacher, de dissocier, mais de laisser au juge du débat central toute l'étendue de sa compétence ».

Bien plus, en matière d'occupation pour travaux de voirie, où des recours en annulation avaient jadis été accueillis, le Conseil est revenu à la règle de la compétence exclusive du Conseil de Préfecture. Par un arrêt Guyot de Villeneuve, 7 janv. 1864, il avait accepté de statuer au fond sur le grief tiré de ce que l'arrêté du Préfet aurait été pris pour couvrir l'entrepreneur qui avait déjà occupé irrégulièrement le terrain du requérant. En 1867, un sieur Stackler se plaignit devant le juge de l'annulation de ce que le permis d'occuper avait été

accordé par le Préfet à un simple fournisseur de pierres n'utilisant pas lui-même les matériaux qu'il extrayait.

Ainsi il y avait eu un essai de séparer du contentieux réservé au Conseil de Préfecture les questions donnant lieu à un examen objectif de l'acte du Préfet au point de vue de la légalité. Cette jurisprudence a été abandonnée (Baroux, 15 déc. 1875, D. 73. 3. 17), et il est peu probable de voir jamais le développement du contentieux de l'annulation déposséder le Conseil de Préfecture de ses fonctions de juge de l'impôt direct ou de ce qui se rattache au paiement de cet impôt.

b) Le Conseil d'Etat a respecté aussi les importantes attributions du Conseil de Préfecture en matière de travaux publics, qu'il tient de la loi du 28 Pluviôse an VIII.

En fait, la connaissance de ces affaires lui revient la plupart du temps par l'appel. Mais, même en admettant qu'on supprime un jour le premier degré de juridiction, ces matières appartiendraient toujours au domaine du contentieux de pleine juridiction et non à celui du contentieux de l'annulation, la distinction s'étant maintenue entre ces branches maîtresses du contentieux administratif.

Le Conseil de Préfecture garde non seulement la connaissance des « difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs et l'Administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés » (L. 28 Pluv. an VIII, art. 4) (1), mais même celle des actions en indemnités à raison de dommages causés à la propriété ou aux personnes. Ce contentieux, fort large, comprend non seulement les conséquences de l'opération des travaux publics, mais encore les litiges dus à « l'existence » de

(1) Sur les rapports entre le juge de l'annulation et le juge du contrat de travaux publics, voir les conclusions de M. Romieu, sous Conseil d'État, 21 décembre 1906, quartier Croix-de-Seguey, p. 161.

l'ouvrage public. Il englobe non seulement les travaux publics de l'Etat, mais encore ceux des départements et des communes.

Citons quelques exemples :

Contentieux de l'opération de travaux publics :

— Chenevière, 6 mai 98, p. 363 ; appartient au contentieux de l'exécution des travaux publics l'arrêté du Préfet autorisant le directeur des Postes à établir des fils télégraphiques sur un immeuble.

— C° Bône-Guelma, 18 janv. 01, p. 50. Le décret par lequel le Président de la République refuse d'inscrire à un compte spécial les dépenses d'installation complémentaires n'est pas susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat, il faudra lors de la vérification des comptes, contester devant le juge compétent la non imputation de ces dépenses au compte prévu.

— Machot, 7 août 05, Lebon, p. 772. Ne peut être déféré au Conseil l'ordre de service par lequel un ingénieur prescrit au représentant d'un entrepreneur de travaux publics de quitter le chantier par application d'un article du cahier des charges. Cette difficulté ressort du contentieux de l'exécution du marché de travaux publics.

— Aubert contre département de la Vendée, 10 mai 1901 p. 458.

Un recours d'une concessionnaire contre un arrêté du Préfet organisant une exploitation provisoire de tramways, est un recours irrecevable comme dépendant du contentieux des travaux publics.

Contentieux relatif à l'existence de l'ouvrage public :

— Gaz de Reims, 1er mai 96 (recours d'une C° d'éclairage contre un arrêté du maire retirant son approbation à des polices d'abonnement et en imposant d'autres.

— Compagnie du canal de Baucaire 22 avril 04, p. 333.

Irrecevabilité d'un recours en excès de pouvoir contre l'arrêté du Préfet annulant le tarif de perception d'un droit sur le passage des bateaux vides, alors qu'il est soutenu que le Préfet fait une fausse application du contrat.

Fichet, 14 mars 02, p. 189 : recours d'une compagnie de bacs et péages contre le décret fixant en cours de bail la taxe de transport des automobiles et vélocipèdes.

Cette difficulté rentre dans la compétence du juge du contrat, le conseil de préfecture.

En somme la matière des impôts directs ou taxes assimilées et celle des travaux publics n'ont pas donné lieu à beaucoup de difficultés.

Au contraire, en matière d'autorisation d'établissements dangereux ou insalubres, on remarque un certain flottement. Le décret du 15 octobre 1810 réglementant ces établissements, organise au profit des tiers incommodés par le voisinage un recours devant le conseil de préfecture contre les autorisations illégalement accordées (établissements de 1re ou de 2e classe).

Malgré l'existence de ce recours qui paraît bien être le type du recours parallèle, un arrêt Perrache du 6 mai 53 avait accueilli un recours dirigé contre un arrêté du Préfet de la Drôme qui avait autorisé, sans l'enquête prescrite par le décret, le déplacement d'une chaudière à vapeur. On y remarque ce considérant que « la loi du 7/14 octobre 1790 permet de nous déférer les arrêtés des préfets pour excès de pouvoir ; qu'aucune disposition du décret du 15 octobre 1810 n'a interdit aux intéressés cette voie de recours ».

N'était-ce pas toute la théorie du recours parallèle qui s'écroulait ? dira-t-on. Peut-être faisait-on une distinction entre les réclamations basées sur l'incommodité causée par le voisinage de l'établissement et celles qui

visent objectivement l'arrêté d'autorisation, comme entaché d'excès de pouvoir. Il y avait certainement, comme nous l'avons déjà vu en matière d'occupations temporaires, une tentative de retirer du contentieux du conseil de préfecture les questions pouvant donner lieu à un examen de la légalité de l'arrêté préfectoral, dont il est plus logique d'attribuer la connaissance au juge de l'annulation.

Cette jurisprudence disparut bien vite. Un arrêté du 14 janvier 1876 a refusé d'accueillir un recours d'une dame Régnault contre l'arrêté du Préfet de la Nièvre qui avait autorisé l'installation d'une tuerie avec ce considérant que « aux termes de l'art. 7 du décret de 1810, les oppositions aux arrêtés préfectoraux portant autorisation de créer des ateliers insalubres de 2e classe doivent être portées devant le Conseil de Préfecture, sauf recours au conseil d'Etat ».

On peut citer dans le même sens une longue suite d'arrêts, par exemple Duboys-d'Angers, 15 fév. 1876, p. 191 ; Rouzier, 26 avril 01, p. 388 (contre un arrêté du préfet modifiant une autorisation d'un établissement de 1re classe) ; Mandart, 28 février 1896, S. 98. 3.52.

§ 2. **Au profit de l'Autorité Judiciaire**

L'autorité judiciaire intervient dans les affaires administratives en qualité de juge du contentieux des impôts indirects et comme gardienne de la propriété privée. La fin de non recevoir est appliquée scrupuleusement pour éviter de porter atteinte à ces prérogatives.

a) Le contentieux des contributions indirectes ayant été expressément réservé à l'autorité judiciaire, le tribunal est compétent pour apprécier la légalité de tous les actes relatifs à la perception de ces contributions.

Il n'y a eu d'exception à cette règle que sous l'empire

de la théorie de l'excès de pouvoir flagrant, avant 1872, quand le recours pour excès de pouvoir était considéré comme un moyen pour le chef de l'Etat de venir au secours d'un administré victime d'un acte arbitraire trop caractérisé ; la fin de non recevoir était accidentellement suspendue. M. de Belbeuf, commissaire du Gouvernement, disait dans ses conclusions, à propos de l'affaire Commune de Petite Scynthe (15 mai 1865) : « Le Conseil d'Etat du Second Empire a compris, et c'est là un titre à la confiance toujours croissante des justiciables, qu'il pouvait y avoir un grand intérêt pour la paix publique et une précieuse garantie pour les citoyens à ce que, même avant l'application de la mesure, l'acte administratif par lequel était autorisée la perception pût être discuté au point de vue de sa régularité et au besoin annulé par une décision souveraine s'imposant à tous par une légitime autorité ». Il cite un arrêt Roussel du 28 déc. 1854, recevant un recours pour excès de pouvoir en cette matière et annulant le décret attaqué : « Vous avez voulu prévenir le trouble qui pourrait résulter de débats judiciaires alors qu'il s'agissait de taxes régulièrement établies. »

Mais après 1872, le Conseil obtient la juridiction déléguée, il se préoccupe moins de remplacer le souverain dans ses touchantes fonctions de défenseur des citoyens opprimés que de délimiter soigneusement sa compétence au regard des autres juridictions ; la notion de l'excès de pouvoir se précise en un moyen d'introspection disciplinaire, destiné à réaliser une bonne administration.

Quelques auteurs trouvent même un peu excessif cet abandon complet par la juridiction administrative de toutes les contestations ayant trait aux contributions indirectes. « Les lois attribuant compétence aux tribunaux judiciaires en matière de contributions indirectes, dit

M. Vergniaud (1) lui donnent-elles une compétence sans partage, ou bien plutôt n'ont-elles pas entendu ne lui attribuer juridiction que sur l'existence matérielle des faits, qui sert de base à la perception de l'impôt ? Lorsque le tarif lui-même qui sert de base à l'impôt se trouve attaqué, c'est bien un acte administratif au plus haut chef qui voit sa légalité contestée : ce n'est pas un fait matériel de consommation ou de transport qui fait l'objet du litige, la compétence doit donc être rationnellement une compétence administrative ».

En effet, la différence de perception entre les impôts directs et les impôts indirects est purement fictive : dans un cas comme dans l'autre, c'est un acte administratif qu'on attaque.

Comme exemple d'application de la fin de non recevoir citons : Botella 3 fév. 1889, p. 81 ; Barthe (taxe d'abattage assimilée aux contributions indirectes) 4 déc. 1903 (Lebon p. 742, Sirey 04. 3. 137); Rocca, Tassy et de Roux 12 mai 1905, p. 417, décidant que : « Les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour statuer sur les contestations relatives à la perception des droits d'octroi, et apprécier en conséquence la légalité des actes en vertu desquels la perception a lieu ; c'est donc devant eux seulement qu'on peut faire valoir le moyen tiré de ce que le décret aurait à tort approuvé une délibération du conseil municipal inscrivant un produit au tarif municipal. »

La fin de non recevoir fonctionne avec une telle rigueur que le Conseil d'Etat refuse même d'examiner la légalité d'une mesure disciplinaire prise à l'encontre d'une abonnée au téléphone, sous prétexe qu'il s'agit là d'une incident de la perception d'une taxe assimilée aux contribu-

---

(1) *Les fins de non recevoir opposables aux recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1907.

tions indirectes (Dlle Chauvin, dite Sylviac, 23 mars 1906, S. 08. 3. 17).

b) En qualité de gardienne de la propriété privée, l'autorité judiciaire intervient dans les questions d'expropriation et dans la délimitation des dépendances naturelles du domaine public; mais comme nous le verrons dans ce dernier cas, les deux compétences, au lieu de s'exclure, coexistent, la juridiction administrative l'autorité judicare recherchant les limites de la propriété privée.

De même, le Conseil a toujours veillé à ce que les décisions administratives ne tranchent point des questions litigieuses qui ont un juge naturel dans l'autorité judiciaire (1).

C'est ainsi qu'ont été annulées des décisions de commissions départementales prononçant la déclaration de vicinalité de chemins, avant qu'il ait été statué sur la question de propriété, soulevée par le requérant (Cottet, 29 nov. 1907, p. 876) ; de même, la commission départementale excède ses pouvoirs en classant comme chemin vicinal ordinaire un chemin dont une partie seulement a le caractère de chemin public : il n'y a pas là classement d'un chemin public déjà existant, mais ouverture d'un chemin nouveau (Durand de Fontmagne, 3 mai 1901. p. 421).

Le Préfet excède ses pouvoirs en ordonnant le maintien définitif d'une école dans un immeuble litigieux, dont la propriété est revendiquée par un particulier contre la commune (Dlle Le Coz, 19 mai 1901, p. 601) : « Considérant, dit l'arrêt, que le Préfet ne s'est pas borné, en vue d'assurer le service public de l'enseignement primaire dans la commune, à prescrire le maintien de l'école des filles dans les locaux où elle est installée, jusqu'à ce

(1) Cf. Dumont, 11 fév. 1898, p. 89; Donan, 8 mars 1889, p. 315.

qu'il ait été statué sur l'action en revendication déjà introduite par la demoiselle Le Coz, mais qu'il s'est constitué juge d'une question de propriété, dont la connaissance appartient exclusivement à l'autorité judiciaire »...

Un maire ayant refusé l'autorisation de bâtir à un riverain d'une voie publique, autrefois privée, par le motif que ce propriétaire était tenu à l'observation d'une servitude « non ædificandi », grevant les immeubles limitrophes de l'avenue, il a été jugé que le Préfet ne devait pas accorder l'autorisation au lieu et place du Maire, en se basant sur ce que les auteurs du réclamant n'auraient pas été partie à la convention qui a établi la servitude (Chevalier, 12 novembre 1909, p. 859). Cette décision avait été prise par le Préfet de la Seine, bien que la commune prétendît que le précédent propriétaire de l'immeuble avait adhéré implicitement à la servitude.

« On voit tout de suite, dit M. le commissaire du gouvernement Teissier, dans ses conclusions sur cette affaire que, ce faisant, le Préfet a tranché un débat dont il n'était pas juge, que l'autorité judiciaire seule pouvait résoudre ».

L'autorité judiciaire est également chargée de réprimer les atteintes à la liberté individuelle. C'est devant elle qu'il faut porter, selon la loi du 30 juin 1838, les réclamations tendant à faire ordonner la sortie des personnes intéressées dans les asiles d'aliénés. Aussi, le recours pour excès de pouvoir est-il irrecevable, à moins qu'un vice de forme ou une violation de la loi ne soient relevés dans les mesures administratives prises à l'égard de l'individu interné (Gay, 12 janv. 1912, p. 24).

c) Il existe d'assez nombreux exemples où le recours pour excès de pouvoir a été déclaré irrecevable, bien que l'acte attaqué émanât d'une autorité administrative, par-

ce que l'intéressé pouvait faire valoir ses droits devant l'autorité judiciaire.

La jurisprudence de ces dernières années en offre plusieurs exemples. Citons entre autres un arrêt du 18 février 1910, p. 133, Perfetti, qui a rejeté un recours tendant à faire annuler la décision par laquelle le ministre de la guerre avait approuvé une délibération du Conseil d'administration d'un établissement d'utilité publique, la Caisse du Gendarme, portant rejet d'une demande de secours. Cette approbation ministérielle était nécessaire, d'après les statuts, pour rendre une telle délibération définitive. Mais, dit l'arrêt « la Caisse du Gendarme, bien que reconnue d'utilité publique, n'en constitue pas moins une œuvre privée, le ministre n'est pas appelé à intervenir comme une autorité administrative, dont l'acte serait susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat, par application de l'art 9 de la loi du 24 mai 1872 ».

Ainsi, l'autorité judiciaire est seule compétente pour connaître des contestations pouvant s'élever entre la caisse et ses participants.

Le Conseil a renvoyé de même devant l'autorité judiciaire des héritiers qui se croyaient fondés à soutenir que les conditions mises par le gouvernement à l'acceptation d'un legs étaient, quoique légales, contraires à la volonté du testateur et demandaient en conséquence l'annulation du décret. Le juge administratif ne saurait rechercher si un décret n'a pas violé des dispositions testamentaires ; il ne peut que vérifier sa conformité aux lois et règlements (26 janvier 06, Royet, page 74). Un tel acte administratif est pris sous réserve de tous droits et ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé poursuive la reconnaissance de son droit par la voie normale.

Ainsi dans une affaire analogue, comm. de Lavault-

Sainte-Anne, 25 mai 00, p. 357, le Conseil ayant refusé d'annuler le décret d'acceptation dont il avait vérifié la légalité objective, les exécuteurs testamentaires, firent, dans la suite déclarer par la Cour de Riom (arrêt du 11 août 04) que les décrets et autres actes administratifs intervenus pour l'exécution du legs, étaient contraires à la volonté du testateur. ,

Dans d'autres cas, l'acte administratif échappe aux recours pour excès de pouvoir, parce qu'il ne tranche pas la question qui intéresse le requérant. Il a été déclaré qu'on ne peut déférer au juge de l'annulation le décret refusant d'approuver l'attribution faite au profit d'une société, de biens ayant appartenu à un ancien établissement ecclésiastique, étant donné que, le gouvernement n'a pas entendu décider que ces biens ne rentreraient pas dans les biens grevés d'une affectation étrangère au culte, susceptibles d'être attribués, mais qu'il a, au contraire, expressément réservé pour y être statué ultérieurement la question d'attribution des biens qui seraient grevés d'une affectation étrangère au culte. Un tel acte « ne constitue pas une décision sur le caractère juridique de ces biens, dont les motifs pourraient donner lieu à un débat contentieux, mais rentre dans les pouvoirs d'appréciation qui appartiennent au gouvernement dans le champ d'application de la loi ».

d) Une complication plus grande résulte de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires pour tous les contrats de droit civil, même quand ils ont pour origine un acte administratif. Quand une décision administrative sert de base à un contrat de droit civil, on conçoit la possibilité de deux contentieux : administratif, pour faire tomber la décision ; judiciaire, pour faire annuler le contrat.

Lequel des deux doit dominer ? Le principe, très stable, a été de laisser aux tribunaux judiciaires la connaissance de ces actes, quitte à recourir au Conseil d'Etat pour l'examen de la question préjudicielle de la légalité de l'acte administratif qui a servi de base.

Cette théorie est clairement exposée dans l'arrêt Audoly 26 avril 01, p. 391 : « Si le requérant entend exercer l'action (qu'il croit appartenir à la commune) pour contester la validité d'un contrat de droit civil, il doit porter cette action devant l'autorité judiciaire, sauf à celle-ci, au cas où elle reconnaîtrait que son jugement est subordonné à l'appréciation d'actes administratifs intervenus préalablement à la formation du contrat, à renvoyer devant qui de droit l'examen de ces actes ».

Cette phrase résume la doctrine d'une longue série d'arrêts (1).

D'ailleurs, si la décision avait été suivie d'un contrat de droit administratif, la compétence du Conseil de Préfecture ou du Conseil d'Etat comme juge du contentieux de pleine juridiction s'imposait. A qui veut attaquer la décision administrative on répond qu'il a un recours parallèle dans le recours de plein contentieux qui peut être porté devant le juge du contrat.

Mais nous verrons qu'une brèche a été faite à cette théorie, née de la préoccupation de ménager moins les compétences des autres juridictions que les droits conférés aux tiers par les contrats. L'annulation objective d'un acte administratif ne doit pas avoir pour effet de rompre les liens contractuels qui ont pu être créés dans la suite. Il s'agit moins là de respecter l'ordre des compé-

(1) Cf. C° PLM, 29 juil. 87, p. 543; commune de Mas d'Azil, 21 nov. 90 (S. 92. 3, 144, Lebon, p. 850); Leblanc, 11 mai 1906 (Lebon, p. 330, S. 02, 3, 87); Devoux, 28 déc. 1900 (S. 03, 3, 67, Lebon, p. 824); Morand, 24 juil., 03, p. 540.

tences que de maintenir la distinction entre le contentieux de l'annulation et le contentieux de pleine juridiction.

Enfin, la fin de non recevoir a été opposée quelquefois pour sauvegarder la compétence d'autres juridictions administratives telles que la Cour des Comptes et le Conseil de Révision.

Par exemple, un arrêt du 25 mai 00, Borel (Lebon, p. 336), déclare irrecevable le recours pour excès de pouvoir contre la décision du Préfet, inscrivant un jeune homme sur les tableaux de recensement et les listes de tirage au sort, en vertu des art. 16 et 17 de la loi du 15 juillet 1889; il est de la compétence du Conseil de Révision de revoir les opérations de recrutement et de statuer sur les réclamations.

L'application de la fin de non-recevoir en vue de sauvegarder la compétence de la Cour des Comptes a eu lieu en matière de comptabilité du fait des derniers communaux.

Le Conseil de Préfecture, juge des comptes, statue sur la question de savoir s'il y a eu réellement comptabilité de fait, maniement des deniers communaux. Mais à qui sera porté l'appel contre sa décision ?

Par un arrêt Duchemin (13 mars 74, p. 269), le Conseil avait admis qu'en statuant sur cette question - distincte de celles concernant les détails du compte — le Conseil de Préfecture agissait comme autorité administrative, et qu'à ce titre, il relève, comme toute autorité administrative, du Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir.

Cette jurisprudence fut abandonnée le 19 mai 1882 (commune de Berlancourt), la compétence de la Cour des Comptes comme juge d'appel fut reconnue. Le Conseil d'Etat ne pourrait donc intervenir que pour casser l'arrêt de la Cour des Comptes, sans juger au fond.

Le commissaire du gouvernement fait remarquer que

cette solution a l'avantage de la simplicité, « elle assimile les juridictions financières à toutes les autres juridictions, reconnaissant à la juridiction d'appel le droit exclusif de connaître des décisions de la juridiction du premier degré, et ne faisant intervenir le Conseil d'Etat, cour de cassation administrative, qu'après la décision de la juridiction d'appel.

Cette nouvelle jurisprudence se renforce d'un arrêt postérieur, du 30 janv. 1891, Numa Costa.

CHAPITRE III

EXCEPTION A LA RÈGLE

§1. — **Malgré la compétence des Tribunaux judiciaires**

On sait que le principe de la séparation des pouvoirs qui, dans notre conception du droit constitutionnel, met l'autorité judiciaire au rang de troisième pouvoir, a pour origine la méfiance des hommes de la Révolution à son égard. On la fit indépendante pour ne plus dépendre d'elle.

Comme sanction à cette règle, on organise la procédure du conflit. Si l'Administration, représentée par le Préfet, estime que le tribunal ou la Cour outrepasse sa compétence, et si l'autorité judiciaire refuse de se dessaisir, il est pris un arrêté de conflit, c'est-à-dire que la connaissance de l'affaire est revendiquée pour la juridiction administrative devant le Tribunal des Conflits, composé en parties égales de magistrats judiciaires et de magistrats administratifs.

Celui-ci décide si l'affaire sera laissée à la juridiction judiciaire ou attribuée à la juridiction administrative.

Mais il n'existe pas de procédure de conflit au profit de l'autorité judiciaire contre la juridiction administrative.

Théoriquement, la compétence de cette juridiction n'est limitée que du côté de l'administration active, par l'art. 26

de la loi du 24 mai 1872, qui donne au ministre le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Mais en fait, il n'y a jamais eu de conflits de cette nature. Une jurisprudence à la fois souple et prudente a su trouver une délimitation rationnelle entre le contentieux administratif et la zone où l'Administration active doit être laissée autonome.

De même, vis-à-vis de l'autorité judiciaire, le Conseil d'Etat s'est tenu dans une attitude d'autant plus réservée que rien ne l'y forçait, sauf les exceptions qui résultèrent de la théorie de l'excès de pouvoir flagrant sous le Second Empire.

Il est cependant des cas où le recours pour excès de pouvoir est reçu malgré la possibilité d'un contentieux judiciaire. La coexistence de deux recours parallèles n'est pas impossible en pratique.

1° Un cas très important est celui qu'on appelle « la jurisprudence des recours parallèles », qui trouve son application en matière de délimitation des dépendances naturelles du domaine public.

Celui qui se croit lésé par une délimitation entachée d'illégalité, a le choix entre deux recours :

a) Demander à l'autorité judiciaire de lui allouer une indemnité par le motif qu'il s'est trouvé exproprié indirectement par la délimitation illégale ;

b) Former un recours pour excès de pouvoir contre l'acte administratif opérant la délimitation.

Le premier recours permet de recouvrer le prix du terrain, le second de rentrer en possession du terrain lui-même.

L'historique de cette jurisprudence est intéressant à rappeler.

Le point de départ commun à la Cour de Cassation et au

Conseil d'Etat est la loi du 22 déc. 1789 et celle du 8 janvier 1790, donnant à l'Administration le droit de délimiter les rivières, et aussi le décret du 21 février 1852, désignant le chef de l'Etat pour opérer la délimitation des rivages de la mer.

Les deux hautes juridictions ne furent point d'accord quand à la portée de ce pouvoir de l'Administration. Le Conseil d'Etat le regardait comme discrétionnaire et refusait tout recours (7 août 1856, David). Au contraire, la Cour de Cassation, considérant l'autorité judiciaire comme la gardienne de la propriété privée, résolut de la défendre dans la mesure où cela était compatible avec le principe de la séparation des pouvoirs. Elle reconnut comme intangible la délimitation administrative, même si elle était matériellement inexacte. Mais si elle respectait les limites administratives, elle se reconnaissait le droit de rechercher les limites naturelles. Si la limite administrative avait englobé des parcelles de terrain qui ne fissent pas partie du lit du fleuve ou de la mer, elle accordait une indemnité à titre d'expropriation indirecte.

Toutefois n'était-ce pas admettre qu'il y avait pour l'administration un moyen commode de se soustraire à la loi de 1841 par imitation de la loi de 1836 sur les chemins vicinaux ?

Brusquement, la jurisprudence du Conseil d'Etat changea. Un arrêt Drillet de Lanigou, du 27 mai 1863 (D. 63. 3. 63) admit que le Conseil peut apprécier l'opération de délimitation quand le requérant soutient qu'elle cache une expropriation déguisée. Dès lors, la théorie devenait très claire : l'administration a reçu de la loi la mission de constater les limites naturelles du domaine public. Si les nécessités du service public exigent plus de terrain, il faut recourir à l'expropriation dans les formes de la loi de 1841. Mais si le requérant prétend que la délimita-

tion est inexacte matériellement et dissimule une expropriation déguisée, le recours pour excès de pouvoir sera recevable.

Cela n'excluait-il pas toute intervention de l'autorité judiciaire. En effet, pour l'administration, dire : « le domaine public finit là », n'est-ce pas dire implicitemnet au riverain : « votre propriété aussi ? »

Pourtant, par un arrêté Ouzille du 6 novembre 1872, la Cour de Cassation maintint la compétence judiciaire, et le Tribunal des Conflits approuva cette jurisprudence par arrêts Paris-Labrosse et Guillé du 11 janvier et 1er mars 1873.

Ainsi l'autorité judiciaire voulait délimiter elle-même le domaine dont elle est gardienne, sans consentir à s'en remettre à la délimitation administrative.

On a pu dire qu'il n'y avait pas dans ce cas de recours parallèle, le recours offert par les tribunaux judiciaires ne conduisant pas la partie au but qu'elle a un intérêt personnel et direct à atteindre : éviter les conséquences dommageables de la délimitation illégale. Mais ne peut on pas dire cela dans tous les cas où la fin de non recevoir est appliquée ?

Il nous semble plutôt que la situation est l'inverse de celles que nous avons examinées jusqu'ici : le but de la fin de non recevoir est de ménager la compétence des autres juridictions, dont l'autorité judiciaire ; tandis que dans le cas de la délimitation des dépendances naturelles du domaine public, c'est l'autorité judiciaire elle-même, soutenue par le Tribunal des Conflits, qui a imposé sa compétence, alors que logiquement elle pouvait opposer de son côté une fin de non recevoir pour ménager la compétence administrative.

2°) Ayant vu un cas où la fin de non recevoir ne peut exister, examinons maintenant les cas où elle a été écartée

volontairement, c'est celui de l'exception tirée de l'arti- 471 15° du Code Pénal, dont l'existence paralysait l'exercice du recours pour excès de pouvoir avant 1872 (1) Le seul tempérament apporté à cette jurisprudence trop absolue consistait dans la théorie dite de l'excès de pouvoir flagrant : dans les cas d'arbitraire trop criants ; le souverain en son conseil vient au secours de la victime, nonobstant le moyen détourné qui permettrait à celle-ci d'échapper aux conséquences dommageables de l'acte en excipant de son illégalité devant le juge de l'infraction.

Mais comme nous l'avons dit, la conception du recours pour excès de pouvoir se transforma en même temps que le Conseil d'Etat lui-même dont la loi du 24 mai 1872 fit une juridiction déléguée. Tant qu'il n'avait été qu'une juridiction retenue il était naturel qu'il s'abstînt d'intervenir là où les juridictions régulières pouvaient être saisies de quelque manière. Devenu indépendant, il fit du recours pour excès de pouvoir un moyen objectif de faire règner la bonne administration.

Dès le 29 novembre 1872, un arrêt Baillergeau, p. 671, admet le recours pour excès de pouvoir contre un décret créant une réserve de poisson ; un arrêt Billette (20 décembre 1872, p. 732), annule un arrêté municipal sur le pavage. Cf en outre Lièvre, 5 déc. 1872, Pariset, 26 nov. 1875, p. 934.

Bien entendu la juridiction judiciaire conserve le pouvoir d'apprécier la légalité du règlement quand une contravention à un règlement lui est déférée. Certes il pourra se produire des contrariétés de décisions ; dans le cas où le recours pour excès de pouvoir intenté par le contrevenant serait rejeté au fond (c'est-à-dire l'acte administratif proclamé légal par le Conseil d'Etat) et où le Tribu-

(1) Cf. 20 Fév. 1868, Bouchers de Paris, p. 193.

nal judiciaire en affirmerait au contraire l'illégalité. Mais cette contrariété de décisions est une conséquence inévitable de l'existence des deux ordres de juridictions ; il peut effrayer un théoricien, mais en pratique il n'a jamais donné lieu à de grosses difficultés.

Dans les exemples précédents, l'autorité judiciaire n'avait pas été saisie parallèlement au Conseil d'Etat. La question s'est posée de savoir si le recours pour excès de pouvoir peut être intenté postérieurement à la poursuite ou même à une condamnation. Le Conseil d'Etat s'est d'abord refusé « à examiner le mérite de moyens de défense soulevés devant l'autorité judiciaire. » Cf Briet, 19 déc. 1879, p. 828 ; Morphy, 14 mars 1884, (infraction à un arrêté d'expulsion), p. 215.

Mais, sans doute sous l'influence de M. Laferrière, cette jurisprudence fut abandonnée ; en effet, le recours gardait son intérêt pour les infractions à venir, que la Cour de Cassation, en cas d'annulation devrait déclarer non punissables. D'ailleurs, en poursuivant de suite après la mise en vigueur du règlement, il y aurait pour l'administration un moyen d'ôter aux administrés le bénéfice du délai de deux mois accordé pour contester devant le Conseil d'Etat la légalité de l'acte. Dans ce sens Pariset, 26 nov. 1875, p. 934, Chardin, 3 août 1887, admettent le recours nonobstant poursuites antérieures.

3°) Dans le dernier état de la jurisprudence on révèle des cas un peu plus complexes où la fin de non recevoir n'a pas été opposée malgré la possibilité de la compétence judiciaire.

Dans les hypothèses envisagées jusqu'ici, nous avons supposé l'acte administratif isolé et gardant son individualité.

Qu'arrivera-t-il si l'acte sert de base à un contrat de droit civil ? par exemple si, en exécution d'une décision

préfectorale, un bail ou une vente est conclu par une commune.

Le recours pour excès de pouvoir semble devoir disparaître devant un recours parallèle plus important : l'action civile née du contrat, qui est de la compétence des tribunaux judiciaires. On peut considérer que la décision administrative initiale a été incorporée au contrat, comme le germe à la plante, et qu'on ne peut plus l'en séparer.

D'ailleurs, si la validité de cette décision était un des éléments de la décision du juge, on pourrait soulever la question préjudicielle de sa légalité devant le Conseil d'Etat. Cela est indiqué clairement dans un arrêt Audoly, 26 avril 1901 :

« Si le requérant entend exercer l'action (qu'il croit appartenir à la commune) pour contester la validité d'un contrat de droit civil, il doit porter cette action devant l'autorité judiciaire, sauf à celle-ci, au cas où elle reconnaîtrait que son jugement est subordonné à l'appréciation d'un acte administratif intervenu préalablement à la formation du contrat, à renvoyer devant qui de droit l'examen de ces actes... Le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable. »

On voulait éviter que le contentieux administratif de l'annulation pût servir à isoler d'un bloc juridique une décision administrative suspecte, dont l'annulation eût permis d'anéantir trop commodément les conséquences juridiques, au grand préjudice des tiers (1).

---

(1) Cf. les conclusions de M. Aucoc, sous-conseiller d'État, 9 janvier 1868, p. 5 (de Chastaignier) : la retrocession aux riverains de parcelles d'un chemin déclassé est un contrat de droit commun, les difficultés qui naissent à ce sujet sont de la compétence judiciaire, sauf renvoi au Conseil d'État des questions relatives à la validité des actes administratifs ; on ne peut donc déférer au Conseil d'État pour excès de pouvoirs la décision du Préfet homologuant une tierce-expertise, relative à cette rétrocession.

V. aussi Valtat, 15 mai 08, p. 520 : une religieuse a été déclarée irrecevable

Enfin, une autre considération intervient. Le recours contre un acte d'un agent suppose toujours que cet agent aurait pu, soit de lui-même, soit sur un recours gracieux, rapporter la mesure qui fait grief. Tel n'est pas le cas si sa décision a engendré des droits acquis.

Si le respect dû aux droits acquis s'oppose au retrait volontaire de l'acte, à plus forte raison rendra-t-il impossible le retrait forcé. On se trouve ainsi en présence de deux fins de non recevoir :

a) Celle tirée du caractère définitif de l'acte par suite de son incorporation à un contrat générateur de droits acquis. b) La fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours pour excès de pouvoir, moyen objectif de réaliser du contrat.

Toutefois, à mesure que se précisait la notion du recours pour excès de pouvoir moyen objectif de réaliser une bonne administration, il arriva un moment où le souci d'obliger l'Administration à n'émetttre que des actes conformes à la légalité équilibra celui de ménager les droits acquis par les tiers.

Plus que tout autre, l'acte qui sert de base à un contrat, qui engendre des droits subjectifs, doit être conforme à cet état de droit qu'est la légalité, c'est-à-dire ne pas être entaché d'incompétence, de détournement de pouvoir, de violation de la loi ou des formes légales.

D'ailleurs, l'annulation de l'acte n'a pas pour effet d'entraîner « ipso facto » la rupture du lien contractuel entre les parties. Il faut pour cela l'intervention du juge du contrat, saisi par l'une des parties.

à attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir la décision de la Commission administrative d'un Hospice prononçantson renvoi, mesure qui, d'après elle, avait été prise en violation du contrat intervenu entre l'établissement hospitalier et la congrégation : c'est devant le jury du contrat qu'il fallait porter la réclamation.

Dans les arrêts où cette évolution jurisprudentielle se dessine (commune de Gorre, 11 déc. 1903, p. 771 ; comde Villers, 22 avril 04, p. 325 ; comm. de Messé, 29 avril 1904, p. 349), il s'agissait d'actes de tutelle préfectoraux forçant les communes à passer des contrats de location d'immeuble en vue d'y installer des locaux scolaires.

Au lieu d'intenter un recours pour excès de pouvoir, les communes auraient dû, d'après la jurisprudence, porter devant l'autorité judiciaire une action en nullité du bail pour vice de consentement, quitte à soumettre au Conseil d'Etat la question seulement préjudicielle de la validité de l'acte de tutelle. Ces affaires rentraient donc dans le contentieux de l'interprétation.

Pourtant le Conseil estima que précisément le juge de l'annulation pouvait lui aussi intervenir, la manière dont l'administration active entendait ses pouvoirs de tutelle ne lui paraissant pas conforme à la volonté du législateur.

« Considérant que les questions soulevées sont distinctes de celles relatives à la validité du bail de location conclu. » (Comm. de Gorre.)

« La question de savoir si les arrêtés ont été pris par le Préfet dans la limite des pouvoirs est entièrement distincte de celle relative à la validité du bail. » (Comm. de Messé.)

Ces considérations apparaissent plutôt comme une manifestation de volonté que comme un criterium permettant de savoir quand il y a lieu d'opposer la fin de non recevoir ou quand au contraire le recours pour excès de pouvoir est recevable. Que de fois n'aurait-on pas pu soutenir, quand on intentait un recours pour excès de pouvoir malgré l'existence d'un recours parallèle, que la question soumise au juge de l'excès de

pouvoir était distincte de celles réservées à l'autre juridiction ?

Que devient la doctrine exposée dans les arrêts Leblanc, Devoux, Audoly, etc. Le sieur Audoly n'aurait-il pu demander l'annulation de l'acte administratif ayant servi de base au contrat, quitte à demander dans la suite, fort de l'annulation qu'il aurait obtenue, la résiliation du contrat ? Il pouvait soutenir que la question qu'il soumettait au Conseil d'Etat était distincte de celles dont pouvait connaître l'autorité judiciaire.

Il semble que le Conseil ait voulu annexer au contentieux de l'annulation une matière qui jusqu'alors dépendait du contentieux de pleine juridiction et étaient portées tées tantôt devant la juridiction, et étaient portées tantôt devant la juridiction administrative, tantôt devant l'autorité judiciaire.

La situation est l'inverse de celle que nous examinerons dans les chapitres qui suivent. En général, la tutelle administrative se montre insuffisante à l'égard des communes. Ici elle s'est montrée un peu trop dure, et il a paru qu'il y avait intérêt pour le juge de l'annulation, à briser un acte de tutelle qui était un abus de pouvoir.

En résumé les cas où la fin de non recevoir a été écartée au profit de l'autorité judiciaire sont rares, sauf en ce qui concerne les contentieux des réglements de police, au sujet desquels l'exception tirée de l'art. 471 15° n'est plus considérée comme un recours parallèle.

Le cas dit des « Recours parallèles » est un de ceux, très rares, où l'administré a le choix entre la voie administrative et la voie judiciaire. Mais le maintien des deux recours tient plutôt à la décision du Tribunal des Conflits qu'à celle du Conseil d'Etat.

Quant à l'extension du recours aux actes ayant servi de base à un contrat, elle comporte moins une restriction

de la compétence judiciaire qu'une atteinte à la théorie d'après laquelle il n'y a pas lieu d'isoler la légalité de ces actes du contentieux plus général auquel ils se rattachent.

§ 2. **Malgré la compétence du Conseil de Préfecture**

C'est dans les matières réservées à cette juridiction que se sont produits les changements de jurisprudence les plus intéressants.

D'une part, il est visible qu'on tient énormément à ménager sa compétence. Nous avons vu avec quelle rigueur sont écartés les recours pour excès de pouvoir, toutes les fois qu'il est possible de les rattacher au contentieux de l'impôt direct ou des taxes assimilées.

D'autre part, l'extension du recours pour excès de pouvoir n'a pu se faire sans restreindre dans une certaine mesure l'étendue de la compétence du Conseil de Préfecture.

A) Avant d'étudier cette évolution, il est intéressant de signaler quelques décisions où la compétence du Conseil de Préfecture a été écartée, mais sans que cela constituât l'amorce d'un changement sérieux.

Tel est l'arrêt Besnier-Jourdain, examiné supra p. En matière de taxes de trottoirs, il est désormais possible de déférer directement au Conseil d'Etat l'arrêté préfectoral déclarant l'utilité publique, sous prétexte qu'il était distinct de celui rendant les taxes exécutoires, alors qu'on aurait pu, comme on l'avait fait pour l'affaire Pascal, rattacher cette question au contentieux de la taxe elle-même.

De même, une très vieille jurisprudence déclare le recours pour excès de pouvoirs recevable, quand l'acte, qui établit la taxe, ou a pour conséquence la perception de cette taxe, est un acte qui prescrit des travaux ou

des mesures de police. Voir à ce sujet Cons. d'Etat, 19 mai 1858, p. 399, 5 avril 1895, p. 312, et plus récemment, 13 juin 1902, Bidard, p. 443 (arrêts préfectoraux fixant la répartition et la superficie d'emplacements aux Halles). (12 nov. 1909, Vivarez, p. 852, où il est déclaré qu'un recours pour excès de pouvoirs aurait été recevable contre un arrêté du Préfet autorisant une association syndicale).

M. Vergniaud signale un arrêt Philippe du 13 février 1903, d'où il résulterait que le recours devant le juge de l'impôt direct ne fait pas obstacle à ce que le requérant utilise en même temps le recours en forme d'excès de pouvoirs prévu par les art. 67 de la loi municipale contre les délibérations municipales entachées d'illégalité, à la condition toutefois de se conformer au délai de trois mois imparti aux contribuables pour attaquer le rôle.

Le recours du sieur Philippe fut déclaré irrecevable parce qu'il l'avait intenté postérieurement à ce délai de trois mois ; certes, il ne s'agit que d'un recours en forme d'excès de pouvoir, et l'on impose un délai étranger au contentieux de l'annulation. Néanmoins, il y a là un cas intéressant de coexistence des deux contentieux, de l'annulation et de la pleine juridiction.

Il existe également un arrêt Hospices de Nantes, (17 mai 1895), qui accueillit un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté du Préfet, concernant les prix de journée, bien que l'Hospice eût, en vertu de l'art. 33 de la loi du 15 juillet 1893, un recours spécial devant le Conseil de Préfecture, qui lui eût permis de poursuivre chaque commune. Le Conseil de Préfecture eût été compétent pour apprécier la validité de l'arrêté du Préfet.

Cet arrêt peut s'expliquer par une raison de commodité. En effet, l'arrêté du Préfet restant en vigueur,

même si l'hospice avait gagné le premier procès, il aurait fallu recommencer la procédure autant de fois qu'il y avait de communes envoyant des malades à l'hospice de Nantes.

Il n'en reste pas moins que le motif tiré de la plus grande commodité du recours pour excès de pouvoir peut être invoqué dans tous les cas où existe un recours parallèle. Pourquoi cette considération l'a-t-elle emporté cette fois sur le principe supérieur d'après lequel il faut ménager une compétence expressément établie par la loi (1).

B) La compétence du Conseil de Préfecture comme juge des contrats administratifs fait-elle obstacle à ce que l'on conteste devant le Conseil d'Etat la légalité des actes ayant servi de base à ces contrats ? Il y a une situation analogue à celle que nous avons examiné à propos des actes ayant servi de base à un contrat de droit civil.

Le recours parallèle de plein contentieux devant le juge du contrat administratif, ne peut être intenté que par les intéressés qui ont été parties à ce contrat ; seuls, ils ont des droits subjectifs à faire valoir. Pourtant, il peut se trouver que des tiers n'ayant pas été partie au contrat, aient un intérêt direct et personnel à voir annuler l'acte administratif illégal qui sert de base au contrat.

Tel est le cas des adjudicataires évincés. Ils ne peuvent intenter aucun recours de plein contentieux devant le juge du marché, puisqu'il n'existe aucun lien contractuel entre eux et l'administration. Mais l'illégalité dont est entachée l'adjudication lèse leur intérêt légitime, et il

---

(1) Cf. en sens contraire, 27 décembre 1912, p. 1252. Commune de Thonnes-les-Prés : a été déclarée irrecevable, le recours pour excès de pouvoirs contre l'arrêté préfectoral décidant qu'un malade indigent serait maintenu au compte du service départemental de l'Assistance médicale gratuite, sauf recours contre la commune où il a son domicile de secours.

est juste qu'ils soient recevables à en provoquer l'annulation.

Certes, comme pour les actes ayant servi de base à des contrats de droit civil, le Conseil a hésité à faire tomber des actes administratifs qui avaient engendré au profit d'autres intéressés des droits acquis. Mais, il ne faut pas s'exégérer cet inconvénient ; car l'intervention du juge du contrat sera toujours nécessaire pour rompre le lien contractuel. L'ordre des compétences n'étant pas troublé ; il n'y a pas à faire jouer la fin de non recevoir. L'acte annulé, la résiliation du contrat ne sera pas forcément demandée au Conseil de Préfecture. Il pourra intervenir un arrangement amiable entre l'Administration et les intéressés. Cependat, le but objectif du recours pour excès de pouvoir sera atteint, la situation juridique aura été assainie.

Aussi, une jurisprudence déja ancienne accorde-t-elle aux adjudicataires évincés la possibilité de faire tomber l'adjudication par la voie de l'excès de pouvor.

(Caillette, 21 mars 1890, p. 323; Baralis, 28 avril 1899, p. 328 ; Martinier, 4 juillet 1896, p. 557.

Alors que la fin de non recevoir est opposée à un adjudicataire admis (Latécoère, 5 décembre 1884, p. 881).

Il y a peu d'autres exemples où un tiers, n'ayant pas été partie au contrat, à intérêt direct et personnel à faire annuler l'acte qui lui a servi de base.

Toutefois, il a été possible à un conseiller général d'attaquer une décision du Conseil Général à la suite de laquelle était intervenu un contrat de concession de tramways. (Martin, 4 août 1905.) En effet M. Martin eût été sans qualité pour contester devant le Conseil de Préfecture la validité du contrat.

Nous arrivons aux deux cas les plus intéressants, dits « Recours du Contribuable » et « Recours de l'Electeur » :

C) Le recours du contribuable est un des aspects les plus originaux de la question des recours parallèles, un des exemples qui montrent le mieux que derrière ces conditions de recevabilité se cachent des questions plus graves d'équilibre social entre le pouvoir de contrôle dévolu à la juridiction administrative et l'autonomie de l'administration active.

A première vue, si l'on admet la théorie d'après laquelle le recours pour excès de pouvoir, ou d'une manière plus générale le contentieux de l'annulation est par excellence la protection du citoyen contre l'arbitraire administratif, il semble qu'il soit naturel de l'accorder au contribuable contre le fisc. D'une part, le fisc est la forme la plus redoutable de la puissance publique; d'autre part, c'est en qualité de contribuable que nous sommes le plus exposés à être meurtris par le fonctionnement de la machine administrative.

Cette sorte de spoliation que nous devons subir n'est juste que dans la mesure où elle est strictement nécessaire à la marche normale du régime administratif.

Il faut convenir, d'ailleurs que cette mesure est fort difficile à déterminer en ce qui concerne les impôts d'Etat. Aussi, n'y a-t-il pas à prévoir de développement du recours pour excès de pouvoir du côté de ces impôts; le juge de l'excès de pouvoir ne saurait rechercher la légalité des dépenses de l'Etat, car elles sont votées par le Parlement, et il n'y a pas de recours contre les actes législatifs.

Mais il y a moins de difficultés du côté des impôts communaux. Dans une petite commune, il y a une rela-

tion directe entre la gestion des deniers publics et la somme qui est réclamée aux contribuables de la localité. Ceux des habitants qui supportent le poids des dépenses publiques perçoivent le contre-coup immédiat des fautes financières de la municipalité.

Si l'on fait abstraction de la signification technique des termes, telle que l'a fixée la jurisprudence, pour les entendre dans le sens du langage courant, y a-t-il excès de pouvoir plus caractérisé que celui de l'Administration réclamant au contribuable plus qu'il n'est nécessaire ?

Pourtant, la jurisprudence ne s'est pas orientée dans ce sens. Les « ouvertures au fond » qu'elle accorde, c'est-à-dire les manifestations caractérisées de l'excès de pouvoir sont :

L'incompétence ;

La violation des formes ;

La violation de la loi et des droits acquis ;

Le détournement de pouvoir.

Or, dans la plupart des cas, ce sera généralement un agent compétent qui réclamera en prenant bien soin de respecter les formes exigées, en se conformant aux textes en vigueur, et sans qu'on puisse lui opposer aucun droit acquis.

Resterait l'ouverture dite « du détournement de pouvoir », qui consiste dans « le fait d'un agent qui, sans sortir de sa compétence, et en respectant les formes légales, use de ses pouvoir dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés ». N'est-ce pas le cas d'un Conseil municipal imposant une taxation inutilement onéreuse ? en se livrant à des dépenses illégales ? N'y aurait-il pas nécessité de briser l'effet d'un tel acte « erga omnes », ce qui n'est possible que grâce au contentieux de l'annulation ?

Or, la voie de l'excès de pouvoir a été refusée, parce qu'on exige du requérant qu'il ait, à l'annulation de l'acte, un intérêt personnel, tandis que le contribuable ne peut se prévaloir que d'un intérêt commun, celui qu'a n'importe quel administré à ce que les deniers publics ne soient pas gaspillés. Déclarer recevables les recours de tous les contribuables mécontents, eût abouti à faire du recours pour excès de pouvoirs une action publique ; le Conseil d'Etat aurait vu son intervention sollicitée dans chaque querelle locale. Sur 36.000 communes, combien y en a-t-il où la gestion municipale soit approuvée de tous; existe-t-il un budget qui soit complètement à l'abri de toute critique fondée sur une illégalité ?

Autant l'extension progressive d'une institution utile est désirable, autant une extension démesurée eût été désastreuse ; le progrès ne se fait que par une adaptation prudente aux contingences de la réalité. D'où l'utilité de la fin de non recevoir tirée d'un recours parallèle.

En effet, le contribuable n'a pas été laissé sans secours par le législateur. Dans chaque département fonctionne une juridiction dont la principale occupation est de recevoir ses réclamations, présentées sous la forme de demande en décharge de ses contributions directes. Quant aux contributions indirectes, la légalité des actes administratifs relatifs à leur perception peut être contestée devant l'autorité judiciaire.

Qu'il s'adresse donc aux juges de l'impôt pour faire proclamer l'illégalité des actes administratifs en vertu desquels il lui a été réclamé une contribution excessive.

De deux choses l'une : ou le requérant est fondé dans sa demande, et il faut admettre qu'il sera déchargé ; ou il ne l'est pas, et dans ce cas, il eut été inutile d'aller jusqu'au Conseil d'Etat. M. Laferrière (p. 480 et sui-

vantes) tient énormément à cette solution, nécessaire selon lui, au maintien de la compétence du Conseil de Préfecture et de l'autorité judiciaire, et démontre la fermeté de la jurisprudence sur ce point (1).

On peut faire à cette théorie quelques objections :

a) Le Conseil d'Etat connaît lui aussi des contentieux des contributions directes en qualité de juge d'appel. Pourquoi le juge de l'excès de pouvoir ne connaîtrait-il pas des matières réservées au juge d'appel de l'impôt, qui se confond en lui ? M. Laferrière répond que cette solution aurait le grave inconvénient de troubler l'ordre des compétences, tel que l'a établi le législateur. Il est de principe que le juge d'appel ne puisse évoquer une affaire que dans les formes prévues par la loi.

b) En réalité, la satisfaction obtenue n'est pas exactement la même. Le réclamant rentre bien en possession du trop perçu, mais la sentence juridictionnelle n'a d'effet que vis-à-vis de lui seul, et il n'est à l'abri que pour une fois des effets de l'acte qui lui faisait grief ; celui-ci reste intact, il n'est pas « expulsé du système juridique », suivant l'expression de M. Hauriou. Son effet menaçant reste entier à l'égard des autres contribuables.

A cela, M. Laferrière répond par ce principe civiliste d'après lequel la partie à qui la loi donne une action pour faire sanctionner son droit dans la mesure de son intérêt propre a tout le secours juridique nécessaire. Il n'a pas pour mission d'obtenir au nom de ses frères tyrannisés une annulation qui profite à tous. Si le recours pour excès de pouvoir a un effet d'annulation

(1) Cf. Cons. d'Etat, 26 Nov. 1880 d'Anvin de Hardethun ; 6 Janv. 1883, Guicheux ; 17 mai 1890, Lafosse.

« erga omnes », cela est une conséquence du pouvoir hiérarchique du Conseil d'Etat, mais cette conséquence est indépendante du but vers lequel tendait la partie : voir détourner d'elle les effets dommageables d'un acte administratif.

La doctrine n'accepte pas sans discussion une telle conception. Certes, si l'on envisage la situation au point de vue subjectif du requérant, sa prétention peut n'être accueillie que dans la mesure stricte où il peut être mis à l'abri des effets de l'acte. Mais du point de vue objectif de la bonne administration, est-il concevable qu'on laisse subsister un acte dont on constate l'illégalité ? Nous croyons qu'on peut très raisonnablement le contester, et qu'en cette matière, la disparition progressive de la fin de non recevoir constituerait un progrès.

c) Enfin, selon nous, il reste une troisième objection, capitale au point de vue où nous sommes placés dans cette étude : la valeur des raisons théoriques données par M. Lafferrière provient de ce que, pour un état social donné, elles ont conduit aux solutions pratiques les plus satisfaisantes. Or, malgré la fin de non recevoir qui leur était impitoyablement opposée, les recours des contribuables se sont multipliés : preuve que la conception du rôle du juge de l'excès de pouvoir péchait sur ce point.

En face des subtilités de la jurisprudence se trouvaient plusieurs réaliéts.

D'abord les tendances des administrations locales à être trop dépensières. Théoriquement, cette tendance a un contre-poids très puissant dans la tutelle administrative. Or, par la force des choses, les Préfectures sont devenues des organismes plus politiques qu'administratifs. Comme l'a remarqué M. Jèze, il est étonnant qu'on

commence seulement à tenir compte de ce fait dans l'étude du droit administratif.

Notre législation confie le contrôle des assemblées locales, nées dans le tumulte des luttes politiques, à un agent terriblement intéressé à ces mêmes luttes, placé à son poste pour faire triompher avec tout le tact désirable la politique du gouvernement central. Comment y arrivera-t-il s'il commence par s'attirer le ressentiment des Conseils généraux ou municipaux, dont il contrecarrerait les volontés au nom des principes généraux du droit administratif ?

C'est à Napoléon et non à la loi de Pluviôse an VIII que nous devons le Préfet tel qu'il est, et il ne semble guère possible qu'il soit autre. Le pouvoir central, que les manuels de droit constitutionnel représentent comme une sorte de divinité éternelle, réglant souverainement la vie administrative et politique de la nation, a en réalité une grande faiblesse : il manque tout à fait de stabilité.

Le programme politique d'un gouvernement ne s'exécute qu'au prix d'une lutte de tous les instants contre ses adversaires. Son énergie se dépense moins à agir qu'à exister. Ses agents dans le département, les Préfets, sont les diplomates de l'intérieur. Placés à un poste de combat, rien n'est plus contraire à leur vocation véritable que la tâche minutieuse et technique de la tutelle administrative ; s'ils l'exercent, ils ne le feront que dans la mesure où elle se concilie avec la politique qu'ils doivent suivre.

Non qu'il faille se désespérer de cet état de choses, si l'on veut bien admettre que les luttes politiques ont leur intérêt. Indispensables au progrès des idées, elles ne deviennent dangereuses que lorsqu'elles absorbent une

trop grande part des énergies nationales, quand elles dégénèrent en luttes de personnes.

Seulement, il est regrettable que la politique tende à se mêler à l'administration. L'une est perpétuellement mouvante, l'autre doit être stable. Il faut souhaiter que de plus en plus la tutelle administrative fasse place à un contrôle juridictionnel. Un juge administratif tel que le Conseil d'Etat est soustrait aux luttes des partis, aux influences locales. S'il veut suivre, lui aussi, une politique, il sait que son œuvre n'est pas exposée à être anéantie par le moindre incident de la lutte des partis.

Une telle évolution sera lente. Le Conseil d'Etat a hésité longuement à entrebailler les portes du prétoire, craignant de voir s'y engouffrer la foule bruyante des contribuables mécontents.

Si le fisc est la face la plus disgracieuse de l'Etat, inversement, c'est sous la forme du contribuable mécontent, que l'administré est le plus redoutable.

D'abord la Haute Assemblée fait des réponses sibyllines aux demandes qui lui parviennent. Dans l'arrêt veuve Lafosse (17 mai 1890, rec. Lebon, p. 516), au requérant qui demande, en appel, à être déchargé de certains centimes additionnels, sous prétexte que la municipalité a fait une acquisition irrégulière de terrains, il déclare :

1° Que l'opportunité des dépenses communales n'est pas discutable au contentieux ;

Ce principe est resté intact ; il ne s'agira jamais, au cours de l'évolution jurisprudentielle que nous allons étudier, d'apprécier l'opportunité des dépenses communales, mais leur légalité.

La faculté de décider s'il y a lieu ou non d'accepter

un acte administratif représente la part d'autonomie qui doit être laissée à l'Administration active : au juge d'apprécier si, en la circonstance, les lois et réglements ont été respectés, si l'agent n'a pas fait usage de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés.

2° Aucune loi ne subordonne l'imposition des centimes dont il est question à l'insuffisance des ressources ordinaires.

3°) Enfin, si le requérant se croyait en droit de contester la validité de l'acquisition de ces terres, à raison de certaines irrégularités, ce n'est pas par voie de demande en décharge d'une contribution régulièrement établie, qu'il fallait formuler cette prétention.

Il semble pourtant qu'étant donnée la fermeté de la jurisprudence des recours parallèles en cette matière, un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la délibération eût été voué à un échec.

L'expérience ne tarda pas à être tentée. Le sieur Bied-Charreton attaqua la délibération du Conseil Municipal de Paris, accordant une subvention de 821,000 francs à des écoles privées ; le sieur Poisson, le décret réglant le budget de la ville de Paris, en tant qu'il maintenait un crédit de 569.000 francs concernant le traitement des Conseillers municipaux.

Deux arrêts rapportés au Sirey 94. 3. 129 (note de M. Hauriou), rendus les 10 février (Bied-Charreton, Lebon, p. 117 et 10 mars 1893, Lebon, p. 240, éconduisirent les audacieux en ces termes :

« Considérant qu'il pouvait appartenir au réclamant, à titre de contribuable, de former telle réclamation que de droit, au sujet des contributions auxquelles il se trouvait assujetti comme conséquence des actes attaqués,

il est sans qualité pour en poursuivre l'annulation directe devant le Conseil d'Etat ».

Quelle voie restait donc ouverte ? La difficulté venait de ce que, en réalité, on visait moins la légalité de la recette que celle de la dépense ; on critiquait moins la quotité de l'imposition que l'emploi qui en était fait. Le renvoi devant le Conseil de Préfecture n'avait donc aucune utilité, puisque le juge de l'impôt, compétent pour apprécier la légalité d'une recette, ne peut aller jusqu'à apprécier celle de la dépense.

Il vérifiera la légalité des actes par lesquels les contributions sont votées, réparties, recouvrées ; mais il craindrait de porter atteinte à l'autonomie de l'Administration en appréciant la légalité des actes les employant.

L'autonomie financière est celle dont on se montre le plus jaloux. Le juge de l'impôt pouvait donc se heurter aux assemblées locales dans des conditions où l'abordage eut été désastreux. On ne voit guère par exemple un Conseil de Préfecture déchargeant les contribuables, sous prétexte que le maire, personnage politique influent, s'est illégalement attribué un traitement.

Pourtant, la connexité est grande entre ces deux termes : l'égalité de la recette, l'égalité de la dépense. Le contribuable se dira toujours : « Si vous dépensiez moins, vous auriez moins à me demander. J'entends bien que vous vous êtes conformé à la légalité dans la manière de me prendre mon argent, mais non dans la manière de l'employer. Par exemple, en vous l'attribuant sous forme d'indemnité, en rémunérations illégitimes de fonctions honorifiques que vous avez sollicitées de mes suffrages. Donc, vous me prenez trop ».

Pour contenir ce raisonnement simpliste mais redoutable, deux principes juridiques se lèvent :

a) Principe de la confusion des ressources : la masse des recettes paie la masse des dépenses. Les recettes sont si nombreuses qu'il est impossible pratiquement de déterminer comment telle d'entre elle a contribué au paiement de telle dépense. L'établissement de centimes additionnels prouve bien que l'ensemble des recettes est devenu insuffisant par rapport à l'ensemble des dépenses — légales ou illégales. - Mais il ne montre nullement en quelle mesure les dépenses illégales sont causes de cet état de chose.

La quote-part attribuée à un contribuable du chef d'une dépense illégale est pour ainsi être impossible à évaluer. Combien ai-je à payer en plus d'impôts d'Etat du fait que l'Etat subventionne la Comédie Française; de combien serais-je dégrevé si l'on se décidait à supprimer les fonds secrets ?

Ce principe a moins de force en ce qui concerne les impôts communaux, mais il ne disparaît pas.

b) M. Hauriou donne une autre raison théorique excellente. Alors que dans le budget de l'Etat, les recettes sont sous la dépendance des dépenses, dans le budget communal, au contraire, ce sont les dépenses qui sont sous la dépendance des recettes. Tel un particulier qui proportionne son train de maison à ses revenus. La plupart des ressources communales sont assimilables à des revenus : par exemple les octrois, les coupes de bois, etc., tels doivent être aussi les centimes additionnels votés : le conseil municipal ne les crée pas pour faire face à une dépense, mais pour augmenter les revenus de la commune. Les revenus augmentés, elle en fera ce qu'elle voudra, dépenses illégales, économies, ou dépenses légales.

Cela relève de la moralité, mais non du contentieux,

et le contribuable n'est pas recevable à la critiquer, puisque le mode d'emploi est sans influence sur la formation du rôle, suivant la formule très nette du Conseil.

Ainsi, la raison invoquée par la Haute Assemblée pour refuser son intervention, était l'impossibilité matérielle de rechercher dans quelle mesure la dépense illégale avait enflé le chiffre des impôts, et le doute où l'on était sur la question de savoir si la suppression de la dépense illégale se fût traduite par une indemnité d'impôts.

Toutes ces explications théoriques ne sont pas valables pour toutes les hypothèses de recours.

En effet, qu'arrivera-t-il s'il s'agit de centimes pour insuffisance de ressources ?

Quand le Conseil Municipal use du droit que lui confie l'art. 133 de la loi municipale de voter des centimes pour insuffisance de revenus, il n'augmente pas les revenus de la commune, il agit comme l'Etat qui vote de nouveaux impôts pour faire face à de nouvelles dépenses. Dans ce cas, c'est la dépense qui commande la recette. Le contribuable sera donc fondé à prétendre que si l'on avait pas de quoi faire face à certaines dépenses, il valait mieux, avant de créer une augmentation d'impôts, supprimer les dépenses illégales.

C'est ce que fit le sieur Merlin. Il réclama contre l'introduction dans le budget de la ville de Paris du demi-centime prévu par la loi du 21 déc. 1882 pour allocation de secours aux familles des réservistes nécessiteux, en cas d'insuffisance de ressources ordinaires ou extraordinaires. Ce demi-centime produit à Paris 325.000 francs. L'indemnité accordée illégalement aux conseillers municipaux occasionnait une dépense illégale de 480.000 francs. En les supprimant, on aurait dû trouver plus que la somme nécessaire aux allocations prévues par la loi de 1882.

Aussi le Conseil d'Etat fut-il obligé, malgré ses décisions antérieures, de laisser critiquer la légalité de la dépense « à travers la légalité de la recette » (arrêt du 29 juin 1900. Sirey 00. 3. 65). Suivant l'expression de M. Hauriou. « La dépense est amenée sous les prises d'un recours dont le but apparent est de critiquer la légalité de la dépense ».

La remarque qui s'impose est que la protection ainsi accordée au contribuable est bien faible, procédant d'un raisonnement aussi subtil.

En effet, le lien entre l'illégalité de la dépense et l'illégalité de la recette n'existe que dans les cas d'imposition pour insuffisance de revenus, cette imposition comportant par elle-même la subordination de la recette à la dépense. Le recours du sieur Merlin fut accueilli, non parce qu'il était plus juste que celui des sieurs Poisson et Bied-Charreton, mais parce qu'il se trouvait que le raisonnement du Conseil n'englobait pas toutes les hypothèses de recours. Il ne pénétrait pas dans la place en vertu de son bon droit, mais parce que le système de défense adopté présentait une étroite fissure.

L'illégalité des dépenses communales ne pouvait donc être atteinte par le contentieux de l'annulation qu'à partir du moment où le Conseil municipal est obligé de recourir aux centimes pour insuffisance de revenus. Or, les vides d'un budget se comblent bien plus à l'aide des centimes extraordinaires ou des emprunts, contre lesquels le contribuable se trouvait désarmé, bien que la charge qui en provient puisse être aussi illégitime que si elle était causée par des centimes pour insuffisance de revenus.

Etait-il donc tellement contraire aux principes de la jurisprudence d'admettre les recours du contribuable ? **Même si l'on écartait la fin de non recevoir à raison** d'un recours parallèle, il restait la fin de non recevoir à

raison de la qualité de la partie, qui est opposée toutes les fois que l'intérêt du réclamant n'est pas personnel et direct.

L'intérêt du contribuable est-il personnel, ou plus exactement, est-il suffisamment individualisé pour se distinguer des intérêts communs représentés précisément par les autorités légales de la circonscription ? Contre une mauvaise gestion, l'habitant n'a comme arme que son bulletin de vote. D'après la fiction du système électoral, le désir de la majorité est considéré comme celui de tous les habitants ; donc chaque citoyen est censé avoir choisi le représentant commun. « Le régime électoral, dit M. Hauriou a besoin d'un peu de pouvoir absolu ».

L'opinion qui tend à prévaloir est que le contribuable a réellement un intérêt individualisé, distinct de l'intérêt commun des autres habitants de la commune. La catégorie des contribuables est moins vaste que celle des habitants.

Sont habitants tous ceux qui ont consenti à vivre ensemble sur le territoire de la commune, sous un certain régime de police. Tandis que les contribuables sont ceux d'entre les habitants qui paient les frais de la vie en commun, qui supportent les charges occasionnées par les services publics, alors que le bénéfice qu'ils en retirent n'est nullement proportionnel au chiffre d'impôts payés. Leur catégorie est nettement délimitée par l'inscription sur les rôles. Donc on peut leur reconnaître le droit de discuter la taxe à leur point de vue particulier, qui est suffisamment distinct de celui des habitants, ceux-ci tendant plutôt à pousser aux dépenses qu'à s'y opposer.

Nous avons ainsi deux groupes d'intérêts séparés : d'une part celui des habitants, représenté par le Conseil

municipal, qui profitent des dépenses plus qu'ils n'en souffrent (1).

D'autre part celui des contribuables dont aucun organisme ne représente les intérêts distincts, et qui souffrent plus des dépenses qu'ils n'en profitent.

Ces raisons ont-elles incité le Conseil d'Etat à reconnaître la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé par les contribuables ? Nous n'en sommes pas très sûrs ; mais cette explication a le mérite de concilier la théorie de l'intérêt personnel et direct avec la nécessité, enfin reconnue par le juge de l'annulation, de protéger le contribuable contre les dépenses excessives des assemblées locales.

D'ailleurs, la jurisprudence ne devait pas tarder à se fixer dans un sens très nettement favorable aux contribuables, ce fut l'œuvre du célèbre arrêt Casanova (21 mars 1901, S. 01. 3. 113).

Ce qui frappe dans cet arrêt, c'est qu'au lieu d'étendre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir proprement dit, il utilise la voie de nullité instituée par la loi municipale contre les délibérations des Conseils municipaux entachées d'illégalité. Ensuite il consacre d'une certaine manière la prise en main de la tutelle financière des communes par le Conseil d'Etat, mais seulement en ce qui concerne les dépenses contraires à la loi; le recours parallèle subsistera pour les réclamations contre l'établissement d'impositions illégales.

Ce sont les art. 63 à 66 qui organisent cette voie de recours ; leur rédaction est assez défectueuse.

(1) Quand l'habitant est gêné par une mesure qui ne se traduit pas par des dépenses, le recours lui est refusé ; par exemple changement de nom de la commune (Binot Villiers, 27 mars 1896, S. 98. 3, 59) ; autorisation d'inhumer dans une église (Delucq, 8 août 73).

D'après ces articles, les délibérations des Conseils Municipaux peuvent être attaquées dans trois cas.

1° Quand elles ont été prises sur un objet étranger ou tenues en dehors des sessions légales.

2° Quand elles sont prises en violation d'une loi ou d'un réglement d'administration publique.

3° Quand a pris part à la délibération un conseiller intéressé, soit directement, soit comme mandataire.

La délbération prise sur un sujet étranger, ou tenue en dehors des sessions légales, la violation de la loi ou d'un réglement entraîne une nullité de plein droit, qui est prononcée par le Préfet en Conseil de Préfecture ; « elle peut être proposée ou opposée en tous temps par toute partie intéressée ».

La délibération à laquelle a participé un Conseiller intéressé entraîne l'annulabilité qui est aussi prononcée par le Préfet en Conseil de Préfecture, soit d'office, soit sur la demande de toute personne intéressée et de tout contribuable.

Or, il est curieux de voir que la catégorie des personnes recevables à provoquer l'acte de tutelle du Préfet est moins large pour la nullité de plein droit que pour la demande en annulation. L'art. 66 confère à la catégorie des contribuables une existence légale, la distinguant de la collectivité des administrés. Déjà, l'article 123 lui donne le droit, moyennant l'autorisation du Conseil de Préfecture, de mener les actions qu'il croirait appartenir à la commune. D'ailleurs, l'esprit général de la loi est tout en faveur des intérêts légitimes des contribuables.

Dès lors, si on lui permet d'attaquer une délibération entachée de ce vice véniel qu'est la participation d'un conseiller intéressé, pourquoi ne serait-il pas recevable à former devant le Préfet le recours de l'art. 65, concer-

nant les délibérations prises en violation de la légalité, vice autrement grave au yeux du législateur ?

Le Conseil d'Etat a résisté longtemps à l'idée de cette simplification. On en trouve la raison dans les conclusions présentées par M. Marguerie, alors commissaire du Gouvernement, dans une affaire Castex (1886) :

« Pourquoi avoir plus largement étendu le recours contre les délibérations annulables ? Le législateur craint certaines collusions qui auraient pu se produire. Voilà un Conseil Municipal qui passe un traité au nom de la commune ; ce traité est voté par un conseiller intéressé au sens de l'art. 64. Dans l'espèce, quelles seront les parties intéressées à en demander l'annulation ? La Commune ? Mais elle est représentée par le Conseil Municipal qui a participé à l'acte. Reste donc le bénéficiaire du traité. Dès lors, si l'on n'avait ouvert le recours qu'aux parties intéressées, il est à peu près certain que l'attention du Préfet n'aurait pas été appelée sur l'acte passé au nom de la commune. C'est pour cela que le législateur a cru nécessaire d'armer des tiers, simples contribuables, du droit d'intenter le recours ».

Il nous semble que cette explication n'est plus opportune. Si nous comprenons bien le raisonnement de M. Marguerie, on a craint que l'attention du Préfet ne soit jamais appelée sur une délibération entachée de participation d'un conseiller intéressé, alors que les réclamants ne devaient pas manquer pour les délibérations contraires à la légalité, lesquelles peuvent être opposées en tout temps.

Ce raisonnement ne paraît pas pouvoir s'appliquer à l'hypothèse de dépenses illégales. Si l'on exclut la catégorie des contribuables, que restera-t-il comme personnes intéressées ? Celles de la catégorie des habitants, par exemple les indigents, les fournisseurs qui recevront des

commandes ? Il est douteux qu'il s'en trouve parmi eux pour réclamer. Toute cette catégorie est intéressée au maintien de l'acte. Il est donc injuste de tenir à l'écart la catégorie contribuable, la plus directement lésée par le gaspillage.

La commune n'a pas d'intérêts personnels à faire valoir à l'encontre du Conseil municipal qui la représente. Le contribuable n'aura donc pas le maniement de l'action que lui accorde l'art. 123.

Ainsi, ni le recours devant le juge de l'impôt, ni le recours de l'article 123 au nom de la commune ne conduisent au but cherché. Au contraire, en ouvrant largement la voie de nullité de l'art. 63 et suivants, on accorde un véritable recours parallèle aussi avantageux que le recours pour excès de pouvoir, quoiqu'un peu plus compliqué. Toutefois, il est enfermé dans des délais moins brefs.

Mais pour cela, il fallait ouvrir aussi largement le recours de l'art. 65 contre les délibérations entachées de nullité de plein droit que celui, beaucoup moins important, de l'art 66 contre les délibérations simplement annulables.

On connaît les circonstances de l'affaire Casanova ; le Conseil Municipal de la Commune d'Olmeto (Corse), ayant voté un crédit destiné à rémunérer un médecin qui donnerait ses soins gratuitement aux habitants de la commune, alors qu'il existait dans cette commune des officiers de santé, des contribuables de cette commune, les sieurs Casanova et autres furent déclarés recevables à déférer au Conseil d'Etat la décision du Préfet refusant d'annuler la délibération du Conseil Municipal. Leur recours fut declaré recevable et la délibération annulée.

Le caractère illégal de la délibération était apprécié en ces termes : « Si les Conseils Municipaux peuvent,

dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmeto ».

Il importe de préciser la portée de cet arrêt et de remarquer que si le Conseil d'Etat, juge du contentieux de l'annulation se reconnaît le droit d'apprécier le caractère exceptionnel des circonstances qui ont motivé la dépense, c'est toujours au juge de l'impôt qu'il faudra s'adresser pour contester la légalité des délibérations établissant des taxes ou impôts illégaux.

Dans le cas des dépenses illégales, le contribuable se trouvait désarmé, et n'avait pas en réalité le recours parallèle dont on lui opposait l'existence. Dans le cas de la taxe illégale, le recours parallèle existant réellement, la fin de non recevoir reprend toute sa vigueur.

Il n'en demeure pas moins que par ces simples mots : « Les Conseils Municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles... », le Conseil d'Etat promettait son contrôle sur la manière dont les deniers des contribuables sont employés.

Ce contrôle, il l'exercera non seulement sur les dépenses, mais sur des décisions pouvant se traduire par des dépenses.

Et, enfin, la réclamation pourra, dans certains cas, être présentée sous forme d'un véritable recours pour excès de pouvoir.

C'est ainsi qu'un arrêt Petit (29 Déc. 05, Lebon, p. 1013, S. 06. 3. 49), déclare recevable, malgré les observations contraires du Ministre de l'Intérieur, le recours pour excès de pouvoir par lequel un contribuable soutenait qu'une transaction votée par un Conseil Municipal avait été irrégulièrement approuvée. « Les contribuables sont personnellement intéressés, est-il dit, à ce

que les actes de tutelle soient accomplis dans les conditions prescrites par la loi ».

Le véritabe recours pour excès de pouvoir a été accueilli, parce qu'il était dirigé non contre la délibération, mais contre l'acte d'approbation du Préfet.

Enfin, l'intérêt du contribuable est encore affirmé dans un arrêt Canus, du 6 Avril 06 (S .06. 3. 49), déclarant recevable un recours pour excès de pouvoir contre une délibération du Conseil Municipal de Paris, pouvant se traduire par une dépense.

D) Le revirement de jurisprudence par lequel le Conseil a accueilli les recours des électeurs contre les sectionnements illégaux, montre bien comment l'abandon progressif et prudent de la fin de non-recevoir peut combler certaines lacunes du contrôle ou du contentieux administratif.

Le domaine de l'élection est un de ceux où le législateur s'est le plus préoccupé d'assurer des recours aux citoyens.

Il y a un juge de l'élection, qui est tantôt le Conseil de Préfecture, tantôt le Conseil d'Etat (contentieux de pleine juridiction), qu'on peut aborder rapidement et sans frais, et qui est tenu de statuer sur la validité de l'élection au bout d'un laps de temps très court.

Certaines opérations préparatoires de l'élection, par exemple l'inscription sur les listes électorales, ont un contentieux spécial. Quant aux autres, les contestations relatives à leur validité se confondent avec le contentieux de l'élection elle-même.

Ainsi, le recours pour excès de pouvoir n'est pas plus applicable aux opérations préparatoires de l'élection qu'à l'élection faite.

Tel est le cas des opérations de la commission administrative chargée de reviser les listes électorales (Election de Vicq, 1886, p. 589); le recours parallèle consiste en

ce cas, soit dans le recours devant le juge de paix contre l'inscription ou la radiation sur les listes, soit dans le recours devant le Conseil de Préfecture contre l'élection elle-même.

Toutefois cette jurisprudence a soulevé des difficultés en ce qui concerne le sectionnement. Etant donnée son influence sur le résultat de l'élection, les électeurs ont intérêt à ce qu'il soit opéré par le Conseil Général, conformément à la loi. Mais s'ils veulent critiquer la légalité de la décision du Conseil à l'aide du recours pour excès de pouvoir, deux obstacles se dressent devant eux : d'abord la fin de non recevoir à raison de la qualité de la partie : en vertu de la théorie de l'intérêt personnel et direct, la requête sera déclarée non recevable.

En effet, l'intérêt que peut avoir l'électeur à ce que l'opération électorale s'effectue conformément à la loi se confond trop avec celui qu'a la masse des habitants à être bien administrée : c'est un intérêt insuffisamment individualisé.

Même si l'on admet que l'électeur a un intérêt personnel, rien ne semble plus légitime que de lui opposer la fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle : pourquoi n'attaquerait-il pas l'élection faite d'après le sectionnement vicieux ? Nous sommes ici dans un domaine où l'administré a tout le secours juridique nécessaire (1).

Enfin il y aura un recours hiérarchique qui pourrait être très efficace, car on peut solliciter le Préfet d'user du recours administratif qui lui est accordé par l'art. 47: en cas de violation de la loi ou d'excès de pouvoir, dans

---

(1) Gapail, 1888, p. 740 : « Considérant que c'est devant le conseil de préfecture, juge de la validité des élections municipales, que, sous formes de protestation contre les opérations électorales, les électeurs pouvaient se prévaloir des moyens invoqués contre ladite délibération ».

les vingt jours, il provoquera un décret en Conseil d'Etat qui annulera la délibération. Il est à supposer que l'illégalité du sectionnement n'échappera pas plus au Conseil d'Etat agissant comme conseil du chef de l'Etat qu'au Conseil d'Etat siégeant au contentieux.

Si ce recours hiérarchique fonctionnait normalement, jamais le recours pour excès de pouvoir n'eut été nécessaire au sectionnement. En effet, de deux choses l'une : ou le sectionnement est légal, et il n'est besoin d'aucun recours, ou il est illégal et le préfet est suffisamment armé par la loi de 1871 pour obtenir son annulation, soit d'office, soit à la demande de toute partie intéressée au sens le plus large du mot.

Mais, pour les raisons exposées plus haut, la tutelle administrative est en fait gênée par trop de considérations étrangères à l'administration.

Le recours administratif de l'art. 47 ne conduit pas au but désiré.

Il en est de même du recours devant le juge de l'élection. Il a le défaut de tous les recours en parallèles, qui est de laisser subsister l'acte vicieux, ce qui est particulièrement grave en matière d'élection. En effet, si l'élection était annulée par le Conseil de Préfecture, comme ayant été faite d'après un sectionnement illégal, celui-ci ne disparaîtrait pas pour cela, de sorte qu'on serait obligé de faire les nouvelles élections sur ce même sectionnement. D'autant plus que les demandes tendant à obtenir un changement de sectionnement doivent être adressées au Conseil Général au plus tard avant la clôture de la session d'avril, afin qu'elles soient examinées à la session d'août.

La situation est sans issue si le Conseil Général, saisi de la demande en changement, persiste à maintenir le sectionnement et si le préfet continue à refuser de pro-

voquer l'annulation de sa décision par le Président de la République : les élections seront indéfiniment viciées et sujettes à annulation.

Ce curieux inconvénient de la non recevabilité du recours pour excès de pouvoir a fini par frapper le Conseil d'Etat. L'évolution de sa jurisprudence sur ce point s'est faite assez brusquement.

Le point de départ a été le cas où la réclamation émane non d'un électeur, mais de la commune. En effet, à son égard aucune des deux fins de non recevoir ne peut jouer. L'intérêt évident qu'a la commune à être sectionnée conformément à la légalité est un intérêt beaucoup mieux individualisé que celui d'un électeur ; il n'est pas noyé dans la masse des intérêts semblables ; on peut donc dire qu'elle a un intérêt direct et personnel à l'annulation du sectionnement illégal. Quant à la fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle, il se trouve que, vis à vis d'un tel requérant, elle ne peut être opposée, puisque la commune ne peut réclamer contre l'élection. En effet, dans un tel recours, elle ne pourrait être représentée ni par un contribuable, puisqu'il ne s'agit pas d'intérêts pécuniaires, ni par le Conseil municipal issu de l'élection ; on ne conçoit pas davantage que l'ancien Conseil puisse intenter un tel recours ; cela équivaudrait à permettre aux anciens élus de plaider contre les nouveaux.

La commune de Massat (Ariège) fut donc déclarée recevable, le 24 juillet 1903, à demander par la voie de l'excès de pouvoir l'annulation du sectionnement opéré par le Conseil général.

De la recevabilité du recours de la commune à celui de l'électeur, il n'y avait qu'un pas, il fut vite franchi.

Le 7 août de la même année, un arrêt Chabot et autres admettait des contribuables de la commune de St-Xandre

à déféré directement au juge de l'annulation la décision relative au sectionnement de leur commune.

Cette évolution jurisprudentielle complète celle qui a ouvert au contribuable les portes du contentieux de l'annulation. Le contrôle juridictionnel des assemblées locales se trouve ainsi substitué dans une assez large mesure au contrôle de l'Administration active.

CHAPITRE IV

APPLICATION DE LA FIN DE NON RECEVOIR EN VUE DE MAINTENIR LA DISTINCTION ENTRE LES DIVERS RECOURS CONTENTIEUX

L'existence d'un recours parallèle n'est généralement opposée que pour ménager la compétence des autres juridictions. La fin de non-recevoir sera-t-elle utilisée à l'intérieur de la sphère d'attributions du Conseil d'Etat ? Oui, car plusieurs voies de droit aboutissement au Conseil d'Etat.

Après avoir pris tant de soin à ne pas troubler l'ordre des compétences du dehors il est naturel de vouloir obtenir à l'intérieur une classification aussi nette qu'à l'extérieur.

§ I. Distinction entre le contentieux de pleine juridiction et le contentieux de l'annulation

La fin de non recevoir joue pour empêcher une confusion entre les deux grandes branches du contentieux administratif.

Il n'y a pas toujours nécessité de saisir une juridiction de premier degré. Pour certaines matières, telles que les soldes et traitements, les marchés de fournitures de l'Etat, le Conseil d'Etat est compétent « omisso medio ». Mais il y a, comme on le sait un grand intérêt pratique à distinguer les deux contentieux. Les recours de plein contentieux, en dehors des exceptions prévues

par les textes, nécessitent des frais assez élevés, et on ne peut les introduire que par le ministère d'un avocat.

Nous n'avons pas à rappeler les discussions qui ont eu lieu au sujet de la différence exacte entre les deux contentieux.

Pour M. Hauriou, le recours pour excès de pouvoir concerne « la décision exécutoire », le plein contentieux est celui de l'exécution. Par « décision exécutoire », il entend la manifestation de volonté qui trouble la situation de l'administré, car elle va être suivie d'une exécution qui causera des dommages. Certes, si ce dommage est causé sans droit, on pourra obtenir une indemnité, mais n'est-il pas dans certains cas plus pratique de faire anéantir la décision contraire à la légalité ? Si l'exécution n'est pas encore commencée, elle n'aura jamais lieu ; si elle l'est, le requérant sera en meilleure posture pour se faire dédommager par le juge du plein contentieux.

Selon M. Laferrière, le contentieux de l'annulation est celui des actes d'autorité, tandis que les recours contentieux concernent les actes de gestion. Dans le premier cas, l'Administration agit comme puissance publique, dans le second, elle assure le fonctionnement des services publics.

Le défaut de cette distinction est que, s'il existe des actes d'autorité qui sont en dehors de la gestion des services publics, il n'existe pas d'actes de gestion où l'administration n'agisse partiellement comme puissance publique.

La jurisprudence semble s'être arrêtée à une théorie reposant sur la distinction entre la légalité, sanctionnée par les recours en annulation (dont le principal est le recours pour excès de pouvoir), et, d'autre part, les éléments qui, dans les actes administratifs sont ceux du commerce juridique ordinaire.

« Le recours pour excès de pouvoir, dit M. Pichat dans ses conclusions sur l'affaire Lafage (8 mars 1912, S. 13. 3. 1), ne peut être fondé que sur la violation des règles de droit auxquels les lois et réglements soumettent le fonctionnement des services publics. Au contraire, il n'est pas recevable si le moyen invoqué est la violation d'un droit contractuel, quasi-contractuel ou quasi-délictuel.

« Les textes qui le concernent n'ont prévu comme pouvant être invoqués à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir que des moyens d'illégalité. C'est parce qu'il a pour mission d'assurer le respect de la légalité que le législateur a voulu en faciliter l'exercice en le dispensant de frais ».

La séparation de ces divers éléments est surtout visible dans les rapports entre les compagnies de transport et l'Etat. Le chef de l'Etat a un droit de police générale sur ces exploitations. Ne pourra-t-il modifier ses prescriptions sans entente avec les compagnies, sous prétexte que ces modifications troublent l'équilibre financier du contrat de concession

Le conseil a nettement répondu par la négative (Cf principalement l'arrêt du 9 Déc. 1907, C° de Chemins de fer, rapporté au Sirey 1908, 3. 1.). Les pouvoirs de l'Etat en matière de police des chemins de fer dérivent de la loi du 11 juin 1842 et 15 juillet 1845, et non du contrat de concession.

En conséquence, il pourra les modifier sans l'assentiment des Compagnies, sauf pour celles-ci la possibilité d'user du recours pour excès de pouvoir, afin de faire contrôler la légalité de cette mesure. L'examen en sera fait d'un point de vue tout à fait objectif de conformité aux lois.

Quant aux répercussions financières, elles seront appré-

ciées par le juge de plein contentiux, Conseil de Préfecture, et, en appel, Conseil d'Etat.

Ainsi la fin de non-recevoir jouera toutes les fois qu'on intentera un recours pour excès de pouvoir basé sur la violation du lien contractuel. Le recours sera, au contraire, recevable, si le requérant conteste simplement la légalité de la mesure qui lui fait grief. Quelle que soit la décision rendue par le juge de l'excès de pouvoir, il pourra faire apprécier par le juge de plein contentieux l'étendue du dommage qui lui a été causé, à tort ou à raison, et obtenir une indemnité.

Nous avons déjà examiné un autre cas où l'application de la fin de non recevoir est moins rigoureuse qu'autrefois. C'est celui où l'acte attaqué a servi de base à un contrat. Le recours pour excès de pouvoir a été longtemps jugé irrecevable, sous prétexte que les parties avaient parallèlement un recours de plein contentieux devant le juge du contrat, avec subsidiairement un recours en appréciation de validité de l'acte devant le Conseil d'Etat.

On ne voulait pas que la procédure expéditive du recours pour excès de pouvoir fut un moyen de devancer la solution que doit donner le juge de plein contentieux, après un examen approfondi du contrat.

Cette jurisprudence avait un double but :

a) Si le juge du contrat est le Conseil de Préfecture ou l'autorité judiciaire, elle ménageait leur compétence ;

b) Dans tous les cas, même si le juge du contrat est le Conseil d'Etat « omisso medio », elle conservait la distinction entre les deux contentieux (1).

---

(1) Cette situation complexe intéressant les deux principes du respect des compétence et de la distinction des deux contentieux, nous avons cru pouvoir en parler dans les deux parties).

Ce principe a reçu quelques tempéraments quand, malgré l'aspect contractuel de l'opération, l'élément « autorité » est dominant. Tel est le cas des communes forcées par le Préfet à louer un immeuble pour y installer l'école, alors qu'elles en proposaient un autre. Le vice du consentement pourra être apprécié par l'autorité judiciaire, mais en l'espèce, il a moins d'importance que la manière dont l'administration a compris ses pouvoirs de tutelle.

C'est ainsi que le juge de l'annulation a consenti à examiner la légalité de délibérations municipales décidant des échanges ou des transactions (Cf arrêts Camus et Petit précités).

Ces délibérations ont plus d'importance au point de vue administratif, à cause de leur répercussion budgétaire, qu'au point de vue du contrat de droit civil qu'elles ont engendré.

Il est une matière où le maintien de la distinction est préjudiciable à l'intérêt des administrés. Ce sont les contestations relatives aux soldes et traitements. Dans les décisions ministérielles les concernant, l'élément autorité et l'élément gestion se pénètrent intimement. Mais comme elles tendent à faire allouer au requérant une somme d'argent, elles appartiennent sans conteste au contentieux de pleine juridiction.

Mais cette voie de recours est bien peu pratique.

« Si les fonctionnaires, dit M. Pichat, commissaire du Gouvernement (1), ne pouvaient porter leurs réclamations devant le Conseil d'Etat que par l'intermédiaire d'un avocat, les frais de l'instance dépasseraient dans bien des cas le montant de l'allocation réclamée, et l'obligation du ministère d'avocat aboutirait, en enle-

(1) Conclusion dans l'arrêt Lafarge, 8 mars 1912, S. 1913. 3. 1.

vant tout intérêt à l'instance, à la suppression de fait du recours et à la consécration de décisions contraires au droit. »

Pourtant, la jurisprudence avait été jusqu'à ces derniers temps assez dure :

Cf Dlle Avinain, 30 juil. 1897, p. 592 ; Gervais, 29 mai 1903, p. 413 ; Antoine, 12 janvier 1912, p. 59).

Ainsi, le sieur Antoine réclamait seulement le remboursement des frais de militaire isolé pendant deux mois. Pourtant, il lui fut répondu qu'aux termes de l'article 1 du décret du 23 juin 1906, il devait établir sa requête par ministère d'avocat : « ladite requête tendant à faire allouer au requérant le montant d'une indemnité, n'est pas un recours pour excès de pouvoir, et ne rentre dans aucune des catégories de pouvoirs que des dispositions spéciales autorisant les parties à introduire elles-mêmes »

A côté de ces décisions, d'un arrêt Heurtaut, 11 juil. 1902, p. 533, acceptait d'annuler une décision ministre des finances interdisant le cumul d'une pension de retraite et d'un traitement.

Un sieur Pélagie peut déférer à la Haute Assemblée une décision du Ministre des Colonies rejetant sa demande de passage gratuit.

Adde Longueteau, 24 nov. 11, p. 1077.

Une telle jurisprudence manquait évidemment de logique : comment admettre qu'on ne puisse déférer au juge de l'excès de pouvoir une décision refusant le remboursement de frais de séjour, alors qu'un rejet d'une demande de passage gratuit peut être attaquée par cette voie ?

L'arrêt Lafage annula une décision du ministre des Colonies qui avait refusé à un fonctionnaire l'allocation de frais de représentation auxquels le règlement lui donnait droit.

Ainsi, au lieu de demander l'indemnité elle-même, il sera, dans la plupart des cas plus avantageux d'intenter un recours pour excès de pouvoir contre la décision la refusant. La distinction théorique est maintenue par le rejet de toutes les conclusions à fins d'indemnités. Mais le but objectif du recours pour excès de pouvoir est atteint : un acte illégal est annulé, le requérant reçoit en fait satisfaction, sans qu'il soit besoin de prononcer une condamnaton du patrimoine administratif.

Pour plus de sûreté, si l'on craint que l'administration ne s'exécute pas d'elle-même, on pourra joindre deux requêtes, l'une à fins d'annulation, l'autre à fins d'indemnité, que l'on fera présenter par ministère d'avocat.

(Sur les quelques difficultés facilement surmontables qui s'opposent à la généralisation du procédé, voir l'article de M. Jèze, commentant l'arrêt Lafage, dans la Revue de Droit public, année 1912).

Cette évolution jurisprudentielle n'a encore donné tous les résultats qu'on peut en attendre. Par exemple, il résulte de l'arrêt Chauvin dite Silviac qu'un abonné au téléphone ne peut déférer pour excès de pouvoir la mesure disciplinaire prise contre lui; pourtant elle n'a aucun aspect contractuel, quasi-contractuel ou quasi-délictuel.

Nous avions cité cet arrêt au nombre de ceux où la fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle avait joué avec le plus de rigueur, par suite de l'attribution aux tribunaux judiciaires du contentieux des contributions indirectes. « Considérant, y est-il dit, que les abonnés sont redevables, à raison de l'usage du téléphone, de redevances assimilées aux contributions indirectes, que la compétence attribuée à l'autorité judiciaire

lui donne le droit d'apprécier au point de vue de leur légalité les mesures prises par l'administration. »

A l'appui de cette théorie, le ministre avait fait valoir que l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'administration était d'origine contractuelle, l'abonné s'y étant soumis en signant son contrat.

Une telle décision fait de la fin de non recevoir une application choquante : le Conseil se décharge sur l'autorité judiciaire d'une affaire ennuyeuse, plutôt qu'il ne respecte sa compétence. Si étendus que soient les pouvoirs du tribunal en matière de contributions indirectes, il est étonnant de leur voir laisser l'appréciation d'un acte aussi étranger à la perception des contributions. Non seulement, remarque M. Hauriou, la contestation n'a aucun rapport avec la perception de la taxe, mais elle ne s'est pas élevée à l'occasion d'un procès sur la taxe.

D'autre part, c'est forcer les principes que de faire rentrer dans le contentieux de pleine juridiction la légalité d'une mesure disciplinaire, en déclarant que le pouvoir disciplinaire de l'Administration a son origine dans le contrat.

Il est bien évident qu'il y a là application des pouvoirs de puissance publique analogues à ceux qui sont conférés au chef de l'Etat en matière de police des chemins de fer. Le contrat simplement avertit l'abonné de l'application qui pourra lui en être faite dans certains cas. En le signant, l'abonné ne fait qu'adhérer à un règlement dont il lui est impossible de discuter les clauses.

Du moment qu'il y a exercice de pouvoirs de puissance publique, acte d'autorité, il faut le régulateur normal, le recours pour excès de pouvoirs (1).

---

(1) « Pourquoi, dit M. Hauriou, sous prétexte qu'on paie une redevance, être soustrait au droit commun ? Est-ce subir une *capitis diminutio* que de s'abonner au téléphone ? »

Ce recours ne doit s'effacer que s'il y a recours parallèle à l'occasion de la perception de la taxe, c'est-à-dire un procès ordinaire, où le requérant invoquera devant le juge un enrichissement sans cause du patrimoine administratif.

En résumé, la distinction entre le contentieux ordinaire et celui de l'annulation s'écarte peu de l'ancienne distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, mais au lieu de distinguer les actes entre eux, on distingue les éléments d'un même acte, qu'on répartit suivant leur nature entre les divers juges du plein contentieux et celui de l'annulation.

§ 2. **Application de la fin de non recevoir pour maintenir la distinction entre le recours pour excès de pouvoir et la voie de nullité prévue par les art. 63 et 65 de la loi municipale.**

Le recours pour excès de pouvoir est le plus important des recours tendant à l'annulation des actes administratifs, mais il n'est pas le seul.

Sans parler de quelques recours spéciaux organisés par les textes, tels que celui de l'art. 6 de la loi du 27 avril 1838, contre les décisions ministérielles prononçant le retrait de concessions minières, celui de l'article 16 de la loi du 1er avril 1898, contre les décisions portant refus d'approuver les statuts de sociétés de secours mutuels, nous voyons que la loi du 5 avril 1884 a organisé deux voies de nullité, ou plutôt une voie de nullité double, contre les délibérations des assemblées municipales, lorsqu'elles sont entachées de violation de la loi, ou lorsque, vice un peu moins grave, un conseiller intéressé y a participé.

Donc une part importante des actes administratifs,

ceux émanés des Conseils municipaux, échappe au recours pour excès de pouvoir.

M. Hauriou remarque que ce n'est pas par leur nature, car le recours est recevable contre les décisions du Conseil Général (Cf arrêts Chabot et Martin) ; en vertu de l'article 88 de la loi du 10 août 1871, on peut attaquer par cette voie les décisions de la Commission Départementale et même celles du Conseil municipal de Paris, la loi de 1884 n'étant pas applicable à la ville de Paris ; et, d'une manière générale toutes les délibérations contre lesquelles le législateur n'a pas organisé de recours spéciaux, par exemple celles du Conseil de l'Université (Bonsignorio, 9 février 1900). Il y a donc là application de la fin de non recevoir par suite de l'existence d'une procédure parallèle.

On sait combien la rédaction de l'art. 63 à 66 laisse à désirer. La voie de nullité est double, c'est-à-dire qu'on a cru nécessaire de faire une distinction compliquée entre deux hypothèses, dont l'une aurait pu facilement rentrer dans l'autre : d'une part, la violation de la légalité, qui comprend les objets étrangers aux attributions du Conseil Municipal, les réunions illégales, la violation de la loi et des réglements d'administration publique, d'autre part le vice résultant de la participation d'un conseiller intéressé. Tandis que la loi du 5 mai 1855 prévoyait seulement la violation de la loi, dont la participation d'un conseiller intéressé était un cas, puisqu'elle prend soin de l'interdire.

Quoi qu'il en soit, sous l'empire de la loi nouvelle, il y a lieu tantôt à nullité de droit, tantôt à simple annulation, toutes les deux prononcées par le Préfet en Conseil de Préfecture. Mais, ainsi que nous l'avons vu, les personnes recevables à provoquer l'intervention du Préfet ne sont pas les mêmes dans les deux cas. C'est

ainsi qu'avant le revirement de jurisprudence inauguré par l'arrêt Casanova, le contribuable se trouvait exclu du nombre de ceux qui pouvaient demander la nullité de droit.

L'originalité de cette voie de recours consiste encore dans sa nature juridique. C'est un recours mi-administratif, mi-contentieux. Dans la première phase, il est administratif : c'est un recours hiérarchique organisé par la loi, avec un délai de 15 jours s'il tend à la simple annulation, ou sans délai si, comme c'est généralement le cas, il a pour but de faire déclarer la nullité de droit.

Au contraire, la deuxième phase, si le Préfet refuse de faire droit à la demande, est contentieuse. Au lieu d'être portée au ministre, supérieur hiérarchique du Préfet, le recours contre la décision portant refus d'annuler la délibération est porté devant le Conseil d'Etat : « Il est introduit et jugé dans les formes du recours pour excès de pouvoir », dit l'art. 67.

Ce quasi-recours pour excès de pouvoir ressemble beaucoup au vrai. Le Conseil d'Etat au lieu de se borner à examiner la légalité de la décision préfectorale, évoque l'affaire au fond et examine la validité de la délibération municipale elle-même. Il est vrai qu'autrement il serait impossible de savoir si le Préfet a eu tort ou raison de ne pas annuler la délibération; la légalité de l'arrêté préfectoral est fonction de celle de la délibération. Si la requête est jugée fondée par le juge de l'excès de pouvoir, ce n'est pas seulement la décision du Préfet qui tombe, c'est aussi la délibération municipale.

Le quasi recours pour excès de pouvoir est enfermé dans les mêmes délais qu l'autre : deux mois, si le préfet se prononce, quatre mois s'il garde le silence, ce qui

équivaut à un rejet implicite, depuis la loi du 17 juillet 1900.

Il n'en diffère que par une plus large ouverture au fond. A l'incompétence et au vice résultant d'une réunion illégale, s'ajoute la violation de la loi au sens le plus large, tandis que le recours pour excès de pouvoir n'est recevable, en cas de violation de la loi, que si le requérant peut se prévaloir de droits acquis à l'encontre de l'Administration.

On conçoit que la fin de non recevoir ait été opposée impitoyablement à toute tentative de recours pour excès de pouvoirs contre les délibérations municipales.

Quand on attaque une délibération contenant une décision exécutoire, il y a un recours parallèle qui, exceptionnellement, est tout aussi avantageux puisque, si la délibération est annulée, la décision viciée disparaîtra avec elle. Cf. Pillon de Saint-Philbert, 1er avril 1898. S. 01, 3. 41 ; Praslin, 4 juillet 1890, p. 631 ; Giraud, 12 juin 1896, p. 464.

Il n'y a pas dans ces exemples de politique jurisprudentielle tendant à ménager les prérogatives d'une autre juridiction mais le simple respect de la procédure voulue par le législateur. Il a semblé à celui-ci qu'une décision prise par une assemblée municipale ne devait pas être traitée comme celles prises par les agents actifs. Pour prendre cette décision, le Conseil municipal a dû délibérer en public, en observant une certaine procédure. Le fait matériel de la délibération est un élément de forme d'une importance particulière, et il a paru qu'un recours spécial devait assurer sa conformité aux lois et règlements. Tel est le rôle de la voie de nullité, le recours pour excès de pouvoir restant théoriquement possible contre la décision elle-même. Mais de même que le langage confond la délibération et la décision à laquelle

elle aboutit, de même les deux recours — quasi-recours pour excès de pouvoir pour la légalité de forme, vrai recours pour la légalité de fond — se ressemblent trop pour ne pas faire double emploi. Le vrai recours pour excès de pouvoir s'est donc effacé devant la voie de nullité spéciale établie par la loi municipale.

Le Conseil n'a pas profité de la mauvaise ordonnance des textes pour restreindre la voie de nullité. Tel qu'il est placé, l'art. 67, concernant la partie contentieuse de la voie de nullité semble ne concerner que le recours en annulation pour participation; mais la jurisprudence n'a pas cru devoir pour cela accorder le recours pour excès de pouvoir aux demandes en nullité de droit, et considère que l'article 67 concerne les deux cas d'annulabilité et de nullité de plein droit (1).

Cette voie de droit a l'avantage de ne faire intervenir la juridiction administrative que si l'Administration renonce d'elle-même à faire usage de son droit de tutelle. Ainsi dans l'arrêt Casanova, au lieu du véritable recours pour excès de pouvoir qui eût amené l'irruption inattendue de la juridiction administrative, il valait mieux, provisoirement tout au moins, la voie de nullité spéciale où elle n'intervient que si le Préfet n'a pas cru devoir assumer le rôle de justicier.

Le requérant n'y perd rien, puisqu'il n'y a pas de délai pour intenter le recours administratif qui ouvre le recours en nullité et que d'autre part les ouvertures au fond sont plus larges.

Est-ce à dire qu'il soit impossible de tourner ces dispositions ? Non, étant donné le principe posé ci-dessus,

---

(1) Toutefois la distinction entre ces deux recours jumeaux est maintenue, en ce sens que seuls peuvent être recevables devant le Conseil d'État ceux qui avaient qualité pour déférer d'abord la délibération au Préfet (Cf. Debrotonne, 4 Février, 1898, p. 71).

d'après lequel les décisions des assemblées locales n'échappent point par leur nature au recours pour excès de pouvoir, quand il n'y a pas de voie de recours spéciale.

Ainsi le recours est possible contre les décisions du Conseil Général, malgré l'existence du recours administratif réservé au Préfet, qui peut provoquer l'annulation par un décret rendu en Conseil d'Etat. Un tel recours ne saurait être considéré comme parallèle, n'étant pas contentieux; d'autre part, le législateur n'en a pas prévu pour les administrés.

Il en sera de même pour les délibérations du Conseil municipal de Paris (Camus, 6 avril 1906).

Mais même pour les délibérations des Conseils municipaux soumis à la loi de 1884, il est possible, si l'on y tient, de faire intervenir le recours pour excès de pouvoir. En effet, dans les cas de délibérations soumises à approbation, c'est-à-dire celles contre lesquelles on aura le plus souvent intérêt à réclamer, puisque ce sont les plus importantes, on est recevable à attaquer l'arrêté par lequel le Préfet a approuvé la délibération, acte qu'il ne faut pas confondre avec celui par lequel il refuserait de l'annuler sur réclamation portée en vertu des art. 65-66. Cela résulte de l'arrêt Petit (29 déc. 1905. Lebon, p. 1.013, Sirey, 06, 3.49).

Déjà il y avait contre l'acte de tutelle, recours hiérarchique au Ministre de l'Intérieur, prévu par le décret du 25 mars 1852, art. 6, et dont la loi municipale n'a pas enlevé la libre disposition aux administrés. (Burelle, 5 juillet 1901).

Toutefois un tel recours, pour excès de pouvoir ou hiérarchique, ne saurait avoir d'effet qu'à l'égard de la décision préfectorale, dont l'annulation n'entraîne pas celle de la délibération municipale; un autre arrêté

pourra redonner à la délibération une nouvelle force exécutoire.

Mais en fait, le résultat sera le même. En présence de la décision du Conseil d'Etat, il est douteux qu'une nouvelle approbation intervienne, et, la délibération n'ayant aucune force exécutoire, le requérant sera à l'abri de ses effets dommageables.

Le but objectif du recours pour excès de pouvoirs aura été atteint, sinon en expulsant du système juridique un acte illégal, du moins en l'empêchant d'y entrer.

La fin de non-recevoir joue aussi quelquefois pour obliger le réclamant à utiliser les recours hiérarchiques organisés spécialement par la loi.

C'est ainsi que des propriétaires ne peuvent déférer directement au Conseil d'Etat l'arrêté par lequel le Préfet a refusé l'autorisation de constituer une association syndicale, l'article 13 de la loi du 21 juin 1865 ayant prévu un recours au Ministre de l'Agriculture, sur lequel il est statué par un décret en Conseil d'Etat. (Commune de St-Jean-de-la-Croix, 22 nov. 1907 p. 844) (1). Toutefois, en cas de confirmation de l'arrêté préfectoral, l'arrêt indique que l'on pourra attaquer conjointement pour excès de pouvoir l'arrêté préfectoral et la décision confirmative. Un arrêt Commune de Tronget (8 mars 1912, p. 319), déclare irrecevable le recours pour excès de pouvoirs dirigé contre l'arrêté préfectoral fixant le traitement du Receveur municipal : il fallait déférer d'abord cette décision au Ministre de l'Intérieur, qui, en cas de désaccord entre la commune et le comptable, doit fixer le chiffre du traitement.

---

(1) Cf. en sens contraire, Vivarez, 12 nov. 1909, p. 852.

Ces dispositions nous paraissent manifestement contraires au principe suivant lequel les seuls recours parallèles pouvant faire obstacle au recours pour excès de pouvoirs, sont les actions contentieuses.

D'ailleurs le Conseil n'est pas toujours aussi rigoureux : l'arrêt Commune de Boujailles (10 mars 1911, p. 289), déclare que le recours administratif institué par l'art. 69 de la loi du 5 avril 1884, d'après lequel le Conseil municipal peut se pourvoir devant le Ministre de l'Intérieur contre l'arrêté préfectoral refusant d'approuver ses délibérations : « La loi du 5 avril 1884, y est-il dit, n'a pas eu pour but et ne saurait avoir pour effet d'enlever aux communes le droit qui résulte pour elles de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872, de déférer directement au Conseil d'Etat les décisions préfectorales leur faisant grief, si elles sont entachées d'excès de pouvoir ».

Mais ne pourrait-on en dire autant des textes relatifs aux décisions portant refus d'associations syndicales, ou fixant le chiffre du traitement du Receveur municipal ?

Dans l'arrêt « Commune de Boujailles », le Conseil paraît avoir été impressionné par la gravité du détournement de pouvoirs commis par le Préfet (qui refusait d'approuver la délibération relative à la répartition des coupes affouagères tant que le Conseil municipal n'aurait pas loué le presbytère).

C'est une revanche de la théorie de « l'excès de pouvoirs flagrant », sur celle des recours parallèles.

CONCLUSION

Nous avons terminé cette petite étude de la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle.

Certes ce pouvoir que s'attribue le Conseil d'Etat d'accorder ou de refuser les recours, alors que le législateur n'a pas distingué, est remarquable dans un pays où les textes, censés être l'expression de la commune volonté des citoyens, réglementent avec minutie les détails de la vie publique.

Le Conseil ne commet-il pas lui-même quelque excès de pouvoir, en répondant, dans des cas identiques, tantôt que « l'autorité judiciaire est compétente », tantôt que « la question est distincte de celles dont connaissent les tribunaux judiciaires ». En accordant, par exemple, le recours en annulation à propos d'un centime pour insuffisance de revenu et en le refusant contre l'imposition d'un centime extraordinaire ? Enfin, d'une manière générale, en usant de formule dont la subtilité épuise l'énergie agressive du réclamant ?

Mais il ne faut pas perdre de vue qu'il était nécessaire de tenir compte de la répartition compliquée des compétences en droit français.

Au lieu de confier à la justice administrative tout ce qui est administratif, le législateur a réservé à l'autorité judiciaire tout ce qui a trait à l'expropriation ou aux contributions indirectes, le Tribunal des conflits consacre

son intervention dans les contestations relatives à la délimitation des dépendances naturelles du Domaine Public.

Au lieu d'avoir deux degrés de juridictions administratives, le contentieux ordinaire se répartit, suivant qu'il existe ou non des textes, entre le Conseil de Préfecture, vu appel au Conseil d'Etat, et le Conseil d'Etat « omisso medio ».

A cela se superpose la distinction en contentieux de l'annulation et contentieux de pleine juridiction. Le contentieux de l'annulation se subdivise en recours par excès de pouvoir et en voies de nullités contre les décisions de conseils municipaux.

De sorte que le Conseil peut-être saisi :

1° Comme juge de droit commun du contentieux de pleine juridiction.

2° Comme juge d'appel, sollicité de réformer les arrêtés du Conseil de Préfecture.

3° Comme juge de l'excès de pouvoir.

4° Comme juge des recours dirigés contre les arrêtés par lesquels le Préfet a statué sur une demande en annulation d'une délibération municipale.

5° Comme juge de Cassation, annulant les décisions de la Cour des Comptes, des Conseils de Révision, etc., sans juger au fond.

6° Comme juge interprétant les actes administratifs quand un procès est pendant devant les tribunaux judiciaires.

On comprend l'intérêt qu'il y avait soit à respecter des compétences, soit à empêcher la confusion entre des procédures que justifient les textes ou des considérations pratiques.

1° Si l'on n'envisage la fin de non-recevoir que comme

un moyen de respecter les compétences des autres juridictions, elle a fonctionné très régulièrement.

Les prérogatives de l'autorité judiciaire en matière d'expropriation et de contributions indirectes n'ont subi aucune atteinte, depuis 1872 le Conseil a supprimé tout examen objectif de la légalité des actes servant de base à la perception des contributions indirectes. Et si l'exception tirée de l'article 471 15° du Code Pénal n'est plus considérée comme une recours parallèle, c'est qu'elle constitue un moyen trop détourné de saisir le juge de la légalité de l'acte administratif, elle appartient au contentieux de la répression.

Vis à vis du Conseil de Préfecture, le Conseil d'Etat avait moins de ménagements à garder, puisque cette juridiction appartient à l'ordre administratif et qu'elle lui est subordonnée par l'appel.

Néanmoins, il serait excessif de dire que le desserrement progressif de la fin de non recevoir s'est fait aux dépens de sa compétence.

En matière de contributions directes, l'extension des pouvoirs du juge de l'annulation aux délibérations municipales engageant des dépenses illégales n'a pas entamé la compétence du juge de l'impôt ; il s'agissait de décisions administratives qui faisaient grief parce qu'elles se traduiraient dans la suite par des dépenses illégales qui réagiraient sur les impôts. Mais le Conseil de Préfecture ne peut apprécier que la légalité de la recette, non celle de la dépense qu'elle est destinée à couvrir.

Dans quelques arrêts (Hospice de Nantes, Besnier-Jourdain, etc.) la compétence du Conseil de Préfecture aurait pu être opposée, surtout dans la première affaire, où elle ne résultait pas d'un rattachement plus ou moins forcé au contentieux de la taxe, mais d'un texte de loi très clair. Il y a eu un essai de séparer du contentieux

des contributions directes les questions relatives à la légalité des actes en vertu desquels elles sont perçues, mais ces arrêts n'ont pas encore entraîné un revirement complet de la jurisprudence.

Enfin, le recours n'a été accordé contre les sectionnements illégaux qu'en raison des conséquences absurdes auxquelles conduisait la compétence exclusive du juge de l'élection.

2° Au contraire, si l'on regarde la fin de non recevoir comme un moyen d'empêcher la confusion entre les diverses procédures du contentioux administratif, elle a apporté quelque modification à l'ordre des compétences.

La distinction la plus importante est celle qu'on établit entre le Contentieux de pleine juridiction et celui de l'annulation. Envisagée de ce point de vue, la fin de non recevoir ne sert plus à délimiter la compétnce du Conseil d'Etat au regard de telle autre juridiction, mais les pouvoirs du juge de l'annulation, par opposition à ceux du juge du contentieux ordinaire, qu'il soit le Conseil de Préfecture, l'autorité judiciaire, ou le Conseil d'Etat lui-même.

Cette question a toujours été délicate. A être trop souvent agitée dans les disputes doctrinales la notion du contentieux administratif était devenue trouble. En la laissant reposer, on a vu monter à la surface les questions de légalité, que le juge de l'annulation pourra recueillir. Le reste ne se compose que d'éléments connus, qui se répartissent entre les différents juges du contentieux ordinaire.

Cette nouvelle distinction n'atteint que très peu la compétence judiciaire, quand les tribunaux ont à apprécier les conséquences civiles d'un acte administratif.

Désormais il est possible d'intenter directement un recours pour excès de pouvoir contre cet acte ; fort de

l'annulation qu'il a provoquée, le réclamant pourra souvent obtenir satisfaction sans être obligé d'engager un procès, avantage pratique incontestable. S'il n'intervient pas d'arrangement amiable, l'autorité judiciaire reste compétente pour régler les conséquences pécuniaires de l'annulation, mais ses prérogatives sont atteintes en ce sens qu'il n'y a plus nécessité de la saisir tout d'abord, et de la solliciter de renvoyer elle-même au Conseil l'examin de la validité de l'acte.

La compétence du Conseil de Préfecture comme juge des contrats des travaux publics se trouve plus restreinte que ne le ferait supposer le texte très large de la loi de Pluviôse, d'après laquelle il connaît « des difficultés qui pourraient s'élever entre l'Administration et les entrepreneurs de travaux publics concernant le sens de l'exécution de leur marché »

D'une part, il n'est plus le juge exclusif de la vaïdité de l'acte qui a servi de base au contrat. D'autre part, quand une difficulté surgit en cours d'exécution du contrat, on fait la distinction entre les droits contractuels et les droits de puissance publique.

Au sujet de ces derniers, le juge de l'annulation se reconnaît le droit d'intervenir pour vérifier s'ils ont été exercés conformément à la légalité, laissant au juge du plein contentieux le soin de rétablir l'équilibre financier du contrat.

Enfin, malgré la compétence exclusive du juge de l'impôt pour apprécier la légalité de la recette, il a été admis implicitement qu'on pouvait user du recours institué par la loi du 5 avril 1884 pour demander la nullité de la délibération municipale qui en a préparé la perception. L'arrêt Philippe fait donc pénétrer le juge de l'annulation dans un domaine qui lui semblait interdit.

Quant au Conseil d'Etat, à la fois juge du contentieux ordinaire et du contentieux de l'annulation, la question se ramène à celle de la procédure suivant laquelle il doit être saisi. La notion de la légalité, largement comprise, a permis de faire sortir du contentieux ordinaire, trop coûteux, les contestations relatives aux soldes et traitements, et d'accorder le recours par excès de pouvor à une classe d'administrés particulièrement intéressants.

Quel est l'avenir de la fin de non recevoir ? La plupart des auteurs qui se sont occupés d'elle souhaitent sa disparition. Presque tous espèrent que le recours pour excès de pouvoir écartera, d'une poussée irrésistible, cet obstacle inutile.

Nous nous rallions à l'opinion de M. Hauriou d'après laquelle elle a été un excellent moyen de politique jurisprudentielle. C'est une des vis de réglage du contentieux administratif. Bien que secondaire, elle a été maniée si habilement qu'on peut se demander si on aurait pu la supprimer sans que l'ensemble du mécanisme en souffrît.

Mais des temps nouveaux sont proches. L'idée se répand que le bouleversement actuel permettra une transformation entre système administratif.

Nous ne sommes point de ceux qui voudraient voir organiser l'Administration à l'instar des maisons de commerce américaines. Car « l'entreprise administrative » ne ressemble pas aux entreprises privées ; son but n'est pas lucratif, elle a plus qu'un intérêt personnel, les intérêts généraux des administrés qui exigent la recherche d'un équilibre difficile entre des tendances diverses et souvent opposées.

Mais il n'est pas douteux qu'on pourrait obtenir plus de simplicité et de rapidité, réaliser des économies.

Ainsi, la structure arrondissementale et départementale,

pourra faire place à des divisions administratives plus vastes. Au point de vue qui nous intéresse, il est probable que le nombre des Conseils de Préfecture sera réduit, leur organisation remaniée, leurs attributions modifiées.

D'autre part, la juridiction administrative a donné assez de preuves de son impartialité à l'égard des administrés pour qu'on lui remette tout ou partie du contentieux administratif confié actuellement à l'autorité judiciaire.

Les compétences se trouvant nettement délimitées, les procédures simplifiées, la fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle n'aura plus de raison d'être. Alors même que le prétendu respect des autres compétences n'aurait été qu'un prétexte pour restreindre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, on peut espérer que précisément les raisons d'entraver le développement du recours auraient disparu. Il deviendra ce qu'il n'a jamais été, une action populaire mise à la disposition de tous, quelle que soit la personne et dans toutes les circonstance où il pourra être utile de faire vérifier la légalité d'un acte administratif.

Vu :
Le Président de la Thèse,
Joseph DELPECH.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon,
F. DESSERTEAUX

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie, correspondant de l'Institut,
E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE I. — La Doctrine 5

CHAPITRE II. — Cas d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoirs. 22

§ 1. Application au profit du Conseil de Préfecture 22

a) En matière de Contributions directes 22

b) En matière de Travaux publics 27

c) En matière d'autorisation d'établissements dangereux ou insalubres 29

§ 2. Application au profit de l'Autorité Judiciaire 30

a) Comme juge des Contributions indirectes 30

b) En qualité de gardienne de la propriété privée . . . 33

c) Dans les cas où l'acte administratif ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé fasse valoir ses droits devant l'autorité judiciaire 34

d) Comme juge des contrats de droit civil 35

§ 3. Au profit de la Cour des Comptes et du Conseil de Révision 38

CHAPITRE III. — Exception à la Règle. 40

§ 1. Malgré la compétence des Tribunaux Judiciaires . . 40

1° Jurisprudence « des recours parallèles » 41

2° Rejet de l'exception tirée de l'art. 471 15° du Code Pénal 44

3° Actes administratifs ayant servi de base à un contrat de droit civil 45

§ 2. Malgré la compétence du Conseil de Préfecture 50

A) En matière d'impôts directs et d'assistance 50

B) Actes ayant servi de base à des contrats administratifs 52

C) Le recours du contribuable. 54

D) Le recours de l'électeur 72

CHAPITRE IV. — Application de la Fin de Non Recevoir en vue de maintenir la distinction entre les divers recours contentieux 77

§ 1. Distinction entre le contentieux de pleine juridiction et le contentieux de l'annulation 77

§ 2. Distinction entre le recours pour excès de pouvoirs et la voie de nullité instituée par les articles 63 et 65 de la loi municipale 85

§ 3. Distinction entre le recours pour excès de pouvoirs et divers recours administratifs. 91

CONCLUSION 93

ANGERS, imprimerie G. PARÉ, 32-34, rue du Cornet

ERRATA

Page 36, ligne 25, ajouter : (12 janvier 1912, Société d'Education de Lyon, Lebon, p. 51).

Page 40, lire : *Exceptions à la Règle,* au lieu de : *Exception à la Règle.*

Page 42, ligne 7, lire : *Quant à,* au lieu de : *Quand à.*

Page 94, ligne 6, lire : *avec appel au Conseil d'Etat,* au lieu de : *vu appel.*

Page 98, ligne 23, lire : *de notre système administratif,* au lieu de : *entre système administratif.*

Page 99, ligne 17, lire : *auront disparu,* au lieu de : *auraient disparu*